المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الملك عبد العزيز بمكة
كلية الشريعة والدراسات الاسلامية
قسم الدراسات العليا





حق الشفعة
محله وسببه

اعداد
سعود عبد الله الروقي

إشراف
الدكتور محمد الخضراوي

رسالة مقدمه لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن الى قسم الدراسات العليا (فرع الفقه واصوله) بكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الملك عبد العزيز بمكة المكرمه.

جمادي الثانية
١ / ٦ / ١٣٩٨هـ



اتقدم بالشكر والتقدير مع اعترافي بالجميل لاستاذى الجليل فضيلة الدكتور محمد الخضراوى لتفضله بالاشراف على رسالتي وحسن توجيهه وارشاداته التي اضاءت امامي دروب البحث وحالت دون اضلالي الطريق وما احاطني به من عطف أبوى كريم فجزاه الله عني افضل ما يجزى به عباده الصالحين .

كما اشكر جميع القائمين على هذا القسم وأخص منهم بالذكر عميد كلية الشريعة والدراسات الاسلامية ومشرف قسم الدراسات العليا الشرعية .

ولا يفوتني أيضا ان اتقدم بالشكر والتقدير الى مكتبة جامعة الملك عبد العزيز ومكتبة الحرم المكي على امدادى بالكتب والمراجع التي ساعدتني كثيراً على انجاح الرسالة واتاحتهما الجو العلمي لجميع الباحثين .

وأخيرا أرجو للقائمين على هذه الجامعة الفتية وعلى راسها مديرها الدكتور محمد عمر زبير التوفيق والسداد للنهوض بها الى مستوى اعلى تحت ظل حضرة صاحب الجلالة الملك المعظم وولي عهده الامين "

سعود عبد الله الروقي

بسم الله الرحمن الرحيم

(وبه نستعين)

التقديم

الحمد لله مرسل الرسل ومنزل الكتب رحمة بالناس وإرشاداً لهم الى سواء السبيل ، والصلاة والسلام على نبي الهدى ومعلم البشرية احكام هذا الدين ، وعلى آله وصحبه الطاهرين الذين فقهوا الدين فقها صحيحا فادركوا مراميه وفهموا معانيه فرضي الله عنهم ورضوا عنه . وبعد

فان بين ايدينا ثروة ضخمة وهي الفقه الاسلامي ، وهو الصرح الشامخ العظيم الذى يعتبر مفخرة للعالم الاسلامي ، والذى يغنينا عن نظام نستورده يختلف باختلاف الاهواء والاجيال . وهو الصالح لكل زمان ومكان والمتجدد بتجدد الحوادث والاجيال .

غيرَ أن هذا الفقه قد أكتنفه في بعض العصور كثير من الغموض والجمود حتى ان بعض عباراته يصعب فهمها على الخاصة فضلا عن العامة ، لانها مصوغة باسلوب لا يتلائم مع ثقافة هذا العصر .

فأصبح من اللازم على علماء المسلمين في انحاء المعمورة ، الاهتمام بهذا الفقه العظيم ، وذلك بتوضيحه وعرضه على الناس بصورة سهلة ومبسطة يفهمها الخاصة والعامة .

وقد اردت ان اسهم بنصيبي في عرض الفقه عرضا مبسطا يفهمه الناس وقد اخترت منه معامله الشفعة ، لان فيها اختلافاً لآراء العلماء من ناحية ولانها تمس حياة كثير من الناس من ناحية اخرى .

فأردت توضيحها ، وعرضها في اسلوب سهل يجمع بين الجدة والتحقيق ارجو ان أوفق في تبيين غامضها ، وفي تبيين وجه الحق فيها .

راجيا من الله العلي القدير ان يكون هذا العمل خالصا لوجه الكريم والله على مانقول وكيل ...

سعود عبد الله الروقي

محتويات الرسالة

حق الشفعة

محله وسببه

المقدمة

الحمد لله الذي شرع لعباده ما يكفل لهم سعادة الدنيا والاخرة ، والصلاة والسلام على من ارسل بشريعة باقية خالدة الى يوم الدين وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا وبعد :-

فلا شك ان الشريعة الاسلامية دائما مناطها واساسها على مصالح العباد في دنياهم وآخرتهم ، ولا شك انها تهدف لتحقيق سعادة الانسان في الدنيا والاخرة ، فهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، وحكمة كلها ، وتحقق المصالح كلها .

قال ابن القيم في هذا الصدد " كل مسالة خرجت عن العدل الى الجور ، وعن الرحمة الى ضدها ، وعن المصلحة الى المفسدة ، وعن الحكمة الى العبث فليست من الشريعة ، فهي عدل الله بين عباده وحكمته الدالة عليه وعلى رسوله صلى الله عليه وسلم ، فكل خير في الوجود فإنما هو مستفاد منها وحاصل بها ، وكل نقص في الوجود فسببه من اضاعتها[1] .

فهي دوما تحقق المصالح وتدفع المفاسد والمضار

---

(١) ابن القيم ، شمس الدين محمد بن ابي بكر ، اعلام الموقعين ، شركة الطباعة الفنية المتحدة مكتبة الكليات الازهرية ، جـ ٢ ، ص ٧١ .

وتيسير وتخفف عن المكلفين ما امكن ، وتقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، وتجيز ارتكاب الضرر الاخف لدفع ضرر اعظم منه .

وقد تكفل الكتاب والسنة ببيان هذه الامور .

اما الكتاب فقد قال الله تعالى في سورة البقرة (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)[1] .

وقال جل شانه في سورة الحج (وما جعل عليكم في الدين من حرج)[2] .

اما السنة : فقد قال صلى الله عليه وسلم (ان الدين يسر ولن يشاد الدين احد الا غلبه فسددوا وقاربوا وابشروا واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجه) (٣)

وقال عليه الصلاة والسلام (احب الدين الى الله الحنيفية السمحة)[3] .

وروى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت (ما خير رسول الله صلى الله عليه وسلم بين امرين الا اخذ

---

(١) قرآن كريم ، سورة البقرة ، اية ١٨٥ .

(٢) قرآن كريم ، سورة الحج ، اية ٧٨ .

(٣) البخاري ، محمد بن اسماعيل بن ابراهيم ابن المغيرة ، صحيح البخاري ، دار الشعب ، ج ١ ، ص ١٦ .

ايسرهما مالم يكن اثما)[1]

وعن ابن عباس رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لاضرر ولاضرار)[2].

وقال عليه الصلاة والسلام (من ضار اضر الله بـه، ومن شاق شق الله عليه)[3].

فهذه الآيات الكريمه والاحاديث الشريفه تدل دلالة واضحة على ان الشارع الحكيم مريد للتيسير والتخفيف عن المكلفين من جانب، ومريد لدفع الضرر والفساد عنهم من جانب آخر .

ومن تطبيقات ذلك ماذكره صاحب مجلة الاحكام العدلية من مواد فقهية تبين موقف الشريعة واهتمامها بازالة الضرر ورفعه، فقد جاء فى المادة الخامسة والعشرين "بان الضرر لايزال بمثله" وهذا بالتالى يدل على ان الضرر يجب ازالته ، ولكن بما يحقق المصلحة لابضرر اخر وجاء فى المادة السادسة والعشرين "بان الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام" وجاء فى المادة السابعة والعشرين

---

(١) البخارى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٨ ، ص ٣٧ .

(٢) ابن ماجه ، محمد بن يزيد القزوينى ، سنن ابن ماجه ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى ، دار احياء الكتب العربية عيسى الحلبى ، جـ ٢ ، ص ٧٨٤ .

(٣) نفس المصدر ، جـ ٢ ، ص ٧٨٥ .

"بان الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف" وذكرت المادة الثامنة والعشرون "بانه اذا تعارض مفسدتان روعي اعظمهما ضررا بارتكاب اخفهما" وذكرت المادة التاسعة والعشرون "بانه يختار اهون الشرين" وذكرت المادة الثلاثون "بان درء المفاسد اولى من جلب المنافع" وذكرت المادة الحادية والثلاثون "بان الضرر يدفع بقدر الامكان" (١)

فهذه مواد مفادها تحقيق المصالح ودفع المضار والمفاسد .

فالشريعة ارادت دفع الضرر بكل انواعه قدر الامكان حتى انها اباحت بعض المحظورات لدفع بعض الضرورات ، ومن ذلك مثلا جواز اكل الميتة عند المخمصة ، واساغة اللقمة بالخمر ، ولكن كما اسلفنا هذه الضرورات تقدر بقدرها .

فالناظر في الفقه الاسلامي يجد ان اكثر ابوابه تهتم بدفع الضرر وازالته عن المتضررين بما يحقق لهم العدل والتآخي والوئام ، ومن هذه الابواب باب الشفعة فقد شرعت معاملة الشفعة لمنع الضرر عن العباد سواء اكانوا شركاء ام جيرانا -على الاختلاف المقرر في مكانه - لأن في الغالب الكثير ان الشركاء يطغي بعضهم على بعض ، ومن هنا كثرة الخصومات ، واحتاج الناس الى معرفة احكام الشفعة ، لما فيها من ازالة الضرر عن الشركاء والجيران بما يحقق بينهم العدل والوئام .

فالشركة موطن للضرر وللتعديات خصوصا في عصر كثر فيه التقدم العمراني ولازدياد السكاني مما جعل اكثر الناس يشتركون في المنزل الواحد كاشتراكهم في دار تحتوي على عدة وحدات سكنية كما يشهد به الواقع الحاضر ، كما انه لا يخفى على اي انسان عنده ادنى مسكة من عقل ان شريك السوء

---

(١) مجلة الاحكام العدلية ، الطبعة الخامسة ، ص ١٩٦ .

وجار السوء ضرره متحقق ، فللشريك الجديد قد يسيء المعاملة مع شريكه ، اذ قد يطلب المقاسمة والدار لاتحتمل ذلك ، فيؤدى هذا الى ضرر واضح بين من تضييق المرافق ، ومن التعديل والتغيير والتبديل ، فضاق المكان بعد ان كان واسعا ، ونقصت قيمته بعد ان كان ذا قيمة عاليه ، فلاالدار كبيرة تحتمل القسمة فتنقسم ، ولا الشريك باع على شريكه واراحه من مؤنة الضرر اللاحق به نتيجة الشركة .

فجاءت شريعة السماء بالحل السليم ، والحكم السديد فلم تلحق الضرر بهذا الاجنبى الذى اخذت منه الصفقة بل ضمنت له ماله كاملا ولم يخسر شيئا ، ورفعت الضرر والظلم عن هذا الشريك القديم ، واعادت له الصفقة التى صرفها شريكه عنه ظلما مع انه احق بها من غيره لينتفع بحصة شريكه فى ضمها مع حصته .

ومن هنا كان تشريع الشفعة تشريعا مناسبا لدفع الضرر عن المتضررين ، ولضمان حق الدخيل اذا توغل فى ذلك .

وهذه المعاملة ليست حديثة عهد بل كانت معروفة عند العرب قبل الاسلام ، وهى من النظم التى كان العرب يحكمونها فيما شجر بينهم من خصومات ، ثم جاء الاسلام مقرا لهذه المعاملة لصلاحيتها ، ولموافقتها الاخلاق والعقول السليمه . فقد جاء فى لسان العرب انه " كان=

الرجل في الجاهلية اذا اراد ان يبيع منزله أتاه رجل فشفع اليه فيما باع فشفعه، وجعله اولى بالمبيع".[1]

وجاء ايضا في شرح مواهب الجليل للحطاب " ان الرجل في الجاهليه كان اذا اراد واشترى حائطا او منزلا او شقصا من حائط او منزل، اتاه جاره او شريكه، فشفع له في ان يوليه اياه، اى يعطيه اياه بمثل ما اخذ ليتصل ملكه، او ليندفع عنه الضرر حين يشفعه فيه[2]".

وقد جاء في الشرائع السابقة من النظم مايشبه تشريع الشفعة، فقد حدثنا الاستاذ كامل مرسى في كتابه شرح القانون المدنى الجديد بمايفيد ان الشريعة الموسوية، والقانون الرومانى، والقانون الفرنسى قد اشتملت على شيء من ذلك، ففي القانون الرومانى ان مالك الارض المستحكرة له الاولوية على غيره في تملك حق الحكر عند بيع صاحبه له، وان القانون الفرنسى يعطي الوارث حق استرداد مايبيعه احد الورثة من تركة مورثهم[3].

وعلى كل فحق الشفعة باوضاعه المنصوص عليها في الفقه الاسلامي من مبتكرات الشريعة الغراء، والى

---

(١) ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب = طبعة بولاق، جـ ٨، ص ١٨٧.

(٢) الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، طرابلس، مكتبة النجاح، جـ ٥، ص ٣١٢.

(٣) مرسى، محمد كامل، شرح القانون الجديد، جـ ٣، ص ٥٤٨.

ائمة الفقه الاسلامي يرجع الفضل في تقريره ، وابتكار تلك الابحاث القيمة التي قاموا بها ، فاماطوا اللثام عن طبيعته وشروطه واحكامه ، وآثاره ، فكان شان هذا الحق في نظرهم شان غيره من الحقوق في اختلاف وجهات النظر وتشعب الاراء .

فكانت الشريعة الغراء هي المرجع الاول والاخير في كل معاملات الناس على اختلاف انواعها بما في ذلك معاملة الشفعة ، واستمر الحال هكذا حتى سرت روح التشاريع الغربية الى بلاد الدول الاسلامية ، حينئذ راى القائمون بالامر على بعض هذه الدول ادخال بعض القوانين الى دولهم ، ومع ذلك ومع وجود هذه الروح الغربية لدى البعض نجد ان اغلب هذه الدول الاسلامية مستمدة قانون الشفعة من الشريعة الاسلامية ، وهذا بالتالي يدلنا على ان الشريعة تغطي باحكامها جميع الحوادث والنوازل في جميع الازمنة والامكنة ، ويدلنا ايضا ان قانون الشفعة في الشريعة الاسلامية هو الاصل لجميع القوانين المستحدثة .

لذا نرى لزاما علينا ان نبحث هذا الموضوع في الشريعة الاسلامية حيث هي الاصل ولا اصل سواها .

وقد نظمته في مقدمة واربعة ابواب وخاتمة .

اما المقدمة فقد جعلتها في اهتمام الشارع الحكيم بمنع الضرر وفي تمهيد يشمل الحق واقسامه .

واما الباب الاول : فقد جعلته في المبادئ الاساسية للشفعة ويشمل المباحث التالية :-

المبحث الاول : في تعريف الشفعة .

المبحث

المبحث الثاني : حكم الشفعة في الشريعة الاسلامية ودليل مشروعيتها

المبحث الثالث:
الحكمة من مشروعية الشفعة .

المبحث الرابع:
هل الشفعة واردة على خلاف القياس ام لا .

واما الباب الثاني فقد جعلته في سبب حق الشفعة وقد ضمنته المباحث التالية :-

المبحث الاول : في السبب الموجب لثبوت الشفعة .

المبحث الثاني : في شفعة الشركة .

المبحث الثالث : في شفعة الجوار.

المبحث الرابع : في تعدد الشفعاء . ويشمل :-

١- حالة تعددهم من مرتبة واحدة .

٢- حالة تعددهم من مراتب مختلفة .

المبحث الخامس : الشفعة في انتقال الشقص الى الغير بعوض او بغير عوض.
ويشمل :-

١- انتقال ماتجب فيه الشفعة الى الغير بعوض مالي ، او بغير عقد كالميراث .

٢- انتقال الحصة التي تجب فيها الشفعة - الى الغير بعوض غير مالي ، او بغير عوض كالهبة بغير ثواب والوصية .

وأما الباب الثالث : فقد جعلته في محل حق الشفعة ، وقد ضمنته المباحث التالية :

المبحث الاول : الشفعة في العقار .

المبحث الثاني : الشفعة في تابع العقار ويشمل :

١ - الشفعة في البناء والشجر .

٢ - الشفعة في الزروع والثمار .

المبحث الثالث : الشفعة في المنقول .

وأما الباب الرابع : فقد ضمنته من أحكام الشفعة المباحث التالية :

المبحث الاول : هل يورث حق الشفعة أم لا ؟

المبحث الثاني : الشفعة على الفور أم على التراخي ؟

المبحث الثالث : تنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع .

وأما الخاتمة : فقد ضمنتها ما توصلت اليه من نتائج من هذا البحث .

هذا وقد سرت فيه على الطريقة الآتية وهي عرض أقوال الفقهاء الأربعة والمذهب الظاهري والشيعي في أكثر المسائل ، وهذه الأقوال مقرونة بأدلتها مبينا وجه الطعن الذي أبداه كل منهم بالنسبة الى دليل الآخر ، معينا ومرجحا ما تطمئن اليه نفس من الأقوال ، لقوة دليلة في نظري وملاءمته لروح الشريعة ومقاصدها ، كما أتيت بأمثلة لبعض المسائل موضحة بالرسم .

هذا الى غير ذلك من الأشياء التي تعرضت لها في ثنايا البحث .

راجيا من الله العلي القدير أن يساعدني على انجاحه وأن يوفقني لحسن عرضه في ثوب جديد ، وبأسلوب يجمعين الجدة والتحقيق ، كما أرجو من الله أن أكون محققا من هذا البحث الغاية المرجوة التي من أجلها ترسمت هذا الموضوع .

والله أسأل أن يوفقنا لما فيه صلاح ديننا ودنيانا أنه سميع مجيب ، ، ،

سعود عبدالله الروقي

مكة المكرمـــة

واما الباب الثالث فقد جملته في محل حق الشفعة ، وقد ضمنته المباحث التالية :-

المبحث الاول : الشفعة في العقار .

المبحث الثاني : الشفعة في تابع العقار . ويشمل :

١- الشفعة في البناء والشجر .

٢- الشفعة في الزروع والثمار .

المبحث الثالث :- الشفعة في المنقول .

واما الخاتمة : فقد ضمنتها ماتوصلت اليه من نتيجة من هذا البحث .

هذا وقد سرت فيه على الطريقة الآتية وهي عرض اقوال الفقهاء الاربعة ، والمذهب الظاهري ، والشيعي في اكثر المسائل وهذه الاقوال مقرونة بأدلتها ، مبينا وجه الطعن الذي ابداه كل منهم بالنسبة الى دليل الآخر ، معينا ومرجحا ماتطمئن اليه نفسي من الأقوال ، لقوة دليله في نظري وملاءمته لروح الشريعة ومقاصدها كما اتيت بأمثلة لبعض المسائل موضحة بالرسم .

هذا الى غير ذلك من الاشياء التي تعرضت لها في ثنايا البحث . راجيا من الله العلي القدير ان يساعدني على انجاحه وان يوفقني لحسن عرضه في ثوب جديد ، وبأسلوب يجمع بين الجدة والتحقيق ، كما ارجو من الله ان اكون محققا من هذا البحث الغاية المرجوة التي من اجلها ترسمت هذا الموضوع ، والله أسأل ان يوفقنا لما فيه صلاح ديننا ودنيانا ، انه سميع مجيب .

سعود عبد الله الروقي

مكه المكرمة

الحق واقسامه

الحق في اللغة: هو الامر الثابت الموجود ، والحق نقيض الباطل وجمعه حقوق وحقاق ، وفي حديث التلبية لبيك حقا حقا ، اي غير باطل ، وهو مصدر موكد لغيره ، اي انه اكد به معنى الزم طاعتك الذي دل عليه لبيك .

وقال ابو اسحاق: الحق امر النبي صلى الله عليه وسلم وماأتى به من القرآن قال تعالى: ((بل نقذف بالحق على الباطل))(١) .

وحقّ الامر يحق ويحق حقّا وحقوقا صار حقا وثبت ، قال الازهري معناه وجب يجب وجوبا ، وحقّ عليه القول واحققته انا ، وفي التنزيل ((قال الذين حق عليهم القول))(٢) اي ثبت ، وقوله تعالى ((ولكن حقت كلمة العذاب على الكافرين))(٣) اي وجبت وثبتت .

وحقّ الامر يحقّه حقّا واحقّه كان منه على يقين ، تقول حققت الامر واحققته اذا كنت على يقين منه .

والحق واحد الحقوق والحقّة والحقة بكسر الحاء اخص منه وهو في معنى الحق قال الازهري: كانها اوجب واخص تقول هذه حقتي

---

(١) ابن منظور ، المصدر المذكور انفا ، ج ١١ ، ص ٣٢٥ . مادة حقق .

(٢) قرآن كريم ، سورة الانبياء آية ١٨ .

(٣) قرآن كريم ، سورة القصص ، آية ٦٣ .

(٤) قرآن كريم ، سورة الزمر ، آية ٧١ .

اى حق ، وفى الحديث انه اعطى كل ذى حق حقه.(١)

والحق يطلق على الله سبحانه وتعالى وعلى الموت وعلى المقتضى وعلى المستحق من دين اوعين ، ولكن المراد هنا فى هذا البحث هو العين .

والفقهاء استعملوه فيما ثبت للانسان بمقتضى الشرع من اجل صالحه ، ولذلك يطلقونه على كل عين او مصلحة تكون له بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها او منعها من غيره اوبذلها او التنازل عنها .

وحق الشفعة من هذا القبيل ، فهى كما قال الفقهاء فى تعريفهم لها بأنها " حق ".

وكما قال فقهاء الشافعية : (بانها حق تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض) .(٢)

ومما يدل على ان الشفعة حق مقرر ماذكره ابن رجب فى قواعده الفقهيه فى القاعدة الثالثه والخمسين من ان من تصرف فى عين تعلق بها حق الله تعالى اولآدمى بعين ان كان الحق مستقرا فيها بمطالبة من له الحق

---

(١) ابن منظور ، المصدر المذكور انفا ، جـ ١١ ، ص ٣٢٥ ، مادة حق .

(٢) ابن شهاب ، شمس الدين بن ابى العباس احمد بن حمزة ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، جـ ٥ ، ص ١٩٢ .

بحقه او بأخذه بحقه لم ينفذ التصرف ....
ثم بعد ان ذكر القاعده قال ومنها اى القاعدة " الشفيع اذا طالب بالشفعة لا يصح تصرف المشترى بعد طلبه لأن حقه تقرر وثبت .
ومن هذا النص يظهر لنا ان الشفعة حق من الحقوق اوجبه الشارع الحكيم للشفيع على المشفوع عليه فيما تجب فيه الشفعة من عقار اوغيره .

طبيعة هذا الحق الشرعية :

واذا تقرر انها حق فمن اى الحقوق هى ؟ هل هى حق شخصى ، أم حق عينى ؟ .
للاجابة على هذا السؤال يجب ان نتحدث عن انواع الحق حتى يتضح لنا حق الشفعة من اى الحقوق .

انواع الحق

الحق نوعان ، حق الله ، وحق العبد ، وبينهما حقوق مشتركه .
فحق الله ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص باحد فينسب الى الله تعالى لعظم خطره ، وهذا الحق ليس هو موضوع بحثنا ، فمن أراد ان يطلع عليه فليرجع الى كتب الأصول فهى مليئة به .
اما حق العبد : فهو مايتعلق به مصلحة خاصة كالدية والضمان والنفقة ، وهذا الحق ينقسم الى قسمين ، حق مالى ، وحق غير مالى
فالحق المالى : هو مايتعلق بالمال كملكية الاعيان او الديون او المنافع وغير ذلك ، فمثلا من هذه الحقوق حق الزوجة فى النفقة على زوجها ومنها النفقة الواجبة للقريب المحتاج على قريبه الموسر، ومنها حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة لما باعه شريكه

---

(١) ابن رجب ، عبد الرحمن القواعد الفقهية فى الفقه الاسلامى الطبعه الاولى ، مصر ، موسسة نبع الفكر للطباعه ، مكتبة الكليات الازهريه ، ص٨٦٠ .

او جاره من عقار وغيره .

وحق غير مالي ،كحق الانتخاب وحق الام او الحضانة في تربية الصغيرة فترة من حياتة مقررة شرعا

ثم ان الحق المالي وهو المقصود ببحثنا هذا ينقسم الى قسمين وهما الحق الشخصي ، والحق العيني

والحق الشخصي : هو رابطة بين شخصين دائن ومدين بمقتضاها يطالب الدائن المدين باعطاء شيء او القيام بعمل ، او بالامتناع عن عمل كما عرفة الدكتور السنهوري في كتابة مصادر الحق في الفقة الاسلامي والحق الشخصي تعبير استعير من الفقة الغربي والا فالفقة الاسلامي لا يعرف مثل هذا التعبير .

فعلماء الفقة الاسلامي يستعملون لفظ الحق . ويطلقونة على جميع الحقوق ،كحق الوديعة وحق الرهن وحقوق الارتفاق وحق الشفعة[1]

مميزات الحق الشخصي :

يمكن القول بان كل علاقة متشابهة بين شخصين مهما كان مصدرها المولد لها انها حق شخصي[2] فنفقة الاقارب التي يوجبها الشرع للفقير العاجز من اقربائهم على اغنيائهم حق شخصي ، فالغني القريب ملتزم شرعا بالنفقة على قريبة الفقير العاجز عن الكسب بحدود وشرائط معينة فهذا الفقير صاحب حق شخصي على قريبة الغني[2] . لحق الشخصي تارة يكون متعلقا بفعل ذي قيمة لمصلحة صاحب الحق ، وتارة امتناعا عن فعل مناف لمصلحتة ، وذلك كحق كل من المتبايعين على الاخر فان احدهما يستحق على الاخر اداء الثمن ، فالمشتري يستحق تسليم المبيع من البائع

---

(١) السنهوري ،عبد الرزاق ،مصادر الحق في الفقة الاسلامي ، الطبعة الثانية ، دار الهناء للطباعة والنشر ، جـ ١ ، ص ٩ .

(٢) نفس المصدر ، ...

(٢) الفقه الاسلامي ... [illegible] ١٦٣

والبائع يستحق الثمن من المشترى ، ومثل ذلك حق المودع على الوديع في أن لا يستعمل الوديعة فالعنصر البارز المنظور اليه في الحق الشخصي هو المكلف الملتزم به في الدرجة الاولى فالحق الشخصي لا ينصب على عين بالذات بل يتعلق بالذمة .

قال الاستاذ مصطفى الزرقاء " فاذا لم يكن موضوعه متعينا في الخارج بل ثابتا في الذمة كالدين لا يكون الحق عينيا بل شخصيا "(١) لأنه متعلق بشخص الانسان .

كما أن الحق الشخصي يحتاج الى وساطة المدين فهو يتضمن عنصر المطالبة فعنصر المطالبة هو الذي يظهر أن الالتزام يتضمن ارتباطا بين شخصين لأن المدين يطالب به ولابد من وساطته في الوفاء .

فالحق الشخصي تصح به المقاصة ويرد عليه الأجل ويجوز الابراء فيه .
فهو لا يسقط بهلاك أموال المدين به لأنه تكليف غير متعلق في الأصل بمال معين فاذا هلك مال المكلف فان غيره من الأموال التي يملكها تصح للوفاء (٢) وانما يتم اسقاطه بارادة صاحبه كما في الابراء عن الدين والحط من ثمن المبيع ولابد فيه من موافقة المدين ولو ضمنا وذلك بأن لا يرفض الاسقاط .

فالحق الشخصي لا يطلب الا من المكلف به اصالة أو نيابة لأنه لا يمكن فيه مثل ذلك الانتقال والتتبع الموجود في الحق العيني - فهو متعلق بذمته وعهدته الشخصية فلا يسأل عنه غيره الا بارادة ذلك الغير كما في حالة الكفالة والحوالة (٣) وعلى ذلك يمكننا القول بأن مايتعلق بالحق الشخصي هو مايتعلق بالذمة عند الفقهاء ، فالحق الشخصي في الفقه الغربي يقابل الذمة (٤) في الفقه الاسلامي ، لأن الحق الشخصي يتعلق بشخصين صاحب الحق والملتزم بالحق والمتعهد به .

---

(١) الزرقاء ، مصطفى ، الاسلام في ثوبه الجديد ، ج ٣ ، ص ١٦ .

(٢) السنهوري ، المصدر المذكور آنفا ، ج ١ ، ص ٩ .

(٣) الزرقاء ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٣ ، ص ٢٦

(٤) الذمة وصف قائم بالشخص يصلح للالزام وللالتزام .

والحق العيني : هو سلطة يعطيها الشارع لشخص على عين بالذات والشارع الحكيم قد أثبتت للانسان حق أخذ نصيب شريكه أو جاره من يد من انتقلت اليه على الخلاف المقرر في مكانه .

ومن مميزات هذا الحق : عدم تضمنه عنصر المطالبة الموجود في الحق الشخصي وعدم الحاجة الى وساطة المدين كما في الحق الشخصي . كما أن الحق العيني لا تصح فيه المقاصة ولا يرد عليه الأجل .

فهو منصب على ذات ، فالالتزام بالعين لا يتعلق بالذمة بل متعلق بعين معينه [١] كما أن من مميزاته حق التتبع : وللانسان أن يتبع الشيء المتعلق به حقه في أي يد انتقل اليها أي أنه ينتقل بحقه مع العين مهما كان سبب انتقالها من يد الى يد [٢] وحق الشفعة من هذا القبيل ، فالشفيع يتعلق حقه بالشقص المنتقل الى المشترى . جاء في البدائع للكاساني عن أبي يوسف صاحب أبي حنيفة وذلك في معرض ما اذا تصرف المشترى وباع ثم حضر الشفيع ووجد المبيع بيد المشترى الثاني من أيهما يأخذ . قال أبو يوسف " حضور الأول ليس بشرط وللشفيع أن يأخذ من الذى في يده ويدفع اليه ألفا ان كان اشتراه بألف وان اشتراه بألفين يدفع له ألفا ويقال ارجع للأول وخذ منه ألفا ووجه قول أبي يوسف أن حق الشفعة متعلق بعين الدار فلا يشترط لاستيفائه حضور المشترى [٣] . الشاهد في هذا النص هو أن حق الشفعة متعلق بعين الدار هذا يفيد تنبيها ويؤكد لنا أن حق الشفعه حق عيني لا شخصي كما يقول البعض . فالحق العيني متعلق بعين معينه كما رأينا لا بذمه شخصية يمكن أن تنتقل من يد الى أخرى دون ارادة صاحبها كما في الغصب والسرقة والضياع وهي مستقلة بملكية صاحبها فينتقل حقه في عينها كما أنه يتم اسقاط ما يصح اسقاطه من

---

(١) السنهوري ، المصدر المذكور آنفا ، ج ١ ، ص ٢٠

(٢) الزرقاء ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٣ ، ص ٢٢ - ٢٦

(٣) الكاساني ، علاء الدين أبي بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، القاهرة - ، مطبعة الامام ، الناشر : زكريا على يوسف ، ج ٦ ، ص ٢٦٨٨ .

الحقوق العينية بارادة صاحبها المنفردة وذلك كالمرتهن فان له فسخ الرهن وان أبى الراهن ، وانما قلنا يصح اسقاطه لأنه يوجد من الحقوق العينية مالا يقبل الاسقاط كحق الملكية وكذلك الحق العيني الناشيء عن عقد اذا هلك محله قبل تنفيذ العقد استحال تنفيذه أو بطل العقد وذلك كالبيع المعين اذا هلك قبل التسليم [(١)]

فالحق العيني يسقط بهلاك العين التي هي محله لتعلقه بذاتها ثم اذا كان هناك مسئول عن هذا الهلاك يتحول الحق العيني الى حق شخصي بضمان القيمة كهلاك المغصوب عند الغاصب وان لم يكن هناك مسئول سقط لا الى عوض. [(٢)]

وأخيرا يمكننا القول بأن الحق العيني في الفقه الغربي هو مايتعلق بالعين في الفقه الاسلامي - فليس هناك فرق بيّن من ناحية الجوهر.

بين الحق العيني والعين ، فالحق العيني يقابل العين في الفقه الاسلامي وعليه يجوز التعبير بالاصطلاحين .

والنتيجة التي حصلنا عليها من عرضنا السابق لخصائص ومميزات كل حق من الحقوق الشخصية والعينية هي أن حق الشفعه حق عيني لا شخصي لأن الحق الشخصي لا ينصب على عين بالذات بل متعلق بالذمه كما أسلفنا ، وحق الشفعه ينصب على العين المشفوعه لا على ذمة المشترى أو البائع فالشفيع متعلق حقه بالعين المشفوعه فله أن يتبع تلك العين التي تعلق بها حقه في أي يد انتقل اليها على معنى أنه ينتقل بحقه مع العين اذا كان سبب انتقالها من يد الى يد مما تجوز فيه الشفعه .

---

(١) الزرقاء ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٣ ، ص ٢٢ - ٢٦

(٢) نفس المصدر

الباب الاول

مبادئ اساسية

ويتضمن المباحث التالية :-

* تعريف الشفعة
* حكم الشفعة ودليل مشروعيتها
* الحكمة من مشروعيتها
* وهل الشفعة واردة على خلاف القياس أم لا .

* تعريف الشفعة *

التعريف اللغوي :-

الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم والزيادة قال في المصباح المنير " شفعت الشيء شفعاً من باب (نفع)ضممته الى الفرد فصار شفعا وشفعت الركعة جعلتها ثنتين ،ومن هنا اشتقت الشفعة ، وهي وزان غرفة لان صاحبها يشفع ماله بها" ،فيضم اليه مال غيره ويزيده .(1)

وسئل ابو العباس عن اشتقاق الشفعة في اللغة فقال الشفعة الزيادة وهو ان يشفعك فيما تطلب حتى تضمه الى ماعندك فتزيده وتشفعه بها -اى ان تزيده بها اى انه كان وترا واحدا فضم اليه مازاده وشفعه به ،فالشفيع يضم المبيع الى ملكه فيشفعه فيه كأنه كان وترا واحدا فصار زوجا شفعاً .(٢)

قال في القاموس المحيط " وصاحب الشفعة بالضم وهي ان تشفع فيما تطلب فتضمه الى ماعندك فتشفعه تزيده (٣) ومنه قوله تعالى

---

(١) الفيومي ،احمد بن محمد بن علي ،المصباح المنير ،مصر ،مطبعة مصطفى جـ ٣ ،ص ٣٤٠ .

(٢) ابن منظور ،المصدر المذكور آنفا ، جـ ٨ ،ص ١٨٣-١٨٤

(٣) الزبيدي ، محب الدين ابي الفضل محمد مرتضى ،تاج العروس من جواهر القاموس ، جـ ٥ ،ص ٣٩٩ .

((من يشفع شفاعة حسنة يكن له نصيب منها))[1] — اى من يزيد عملاً الى عمل[2].

وبالجملة نجد ان ماذكروه فيه معنى الضم والجمع .

التعريف الشرعى

أما الشفعة فى عرف الشرع فقد عرفت بتعاريف مختلفة تبعا لاختلاف المذاهب فيها ، فعرفها المالكية بأنها" استحقاق شريك اخذ ماعاوض به شريكه من عقار بثمنه او قيمته بصيغة[3]".

---

(١) قرآن كريم ، سورة النساء ، آية ٨٥ .

(٢) ابن منظور ، المصدر المذكور انفا ، جـ ٨ ، ص ١٨٤ .

(٣) الدسوقى ، شمس الدين محمد عرفة ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، بيروت ، دار الفكر ، جـ ٢ ، ص ٢٢٤ .

الحطاب ، محمد بن عبد الرحمن ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، طرابلس ، مكتبة النجاح ، جـ ٥ ، ص ٣١٠ .

(٤) شرح الصغير للدردير ، الطبعة الثالثة ، جـ ٤ ، ص ١٠٨٦-١٠٨٠ .

وعرفها الأحناف ، بأنها " حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار " (١)

وعرفها الشافعية : بأنها " حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض " (٢)

وعرفها الحنابله : بأنها " استحقاق الشريك انتزاع حصته شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت اليه " (٣)

نقد التعاريف :

يرد على تعاريف الفقهاء السابقة الذكر بعض الاعتراضات الطفيفة .

فتعريف الأحناف يرد عليه أنه غير مانع اذ يدخل فيه مالا شفعة فيه كانتقال الحصة الى الغير بالميراث أو الهبة لأن الشفعة لاتثبت في ذلك على مذهبهم فلاتثبت الا فيما انتقل بعوض.

ويرد على تعريف الشافعية أنه يفيد أن التملك يكون بالقهر لا بالاختيار في قوله " حق تملك قهري " مع أن التملك لا يكون بالقهر بل بالاختيار.

---

(٣) حاشية الشلبي على شرح كنز الدقائق، ج ٥، ص ٢٣٩،

(١) ابن عابدين ، محمد أمين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي ، ج ٥ ، ص ٢٤٦ .

(٢) ابن شهاب ، شمس الدين أبي العباس أحمد بن حمزه ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج ٥ ، ص ١٩٢ .

(٣) هذا التعريف منقول عن ابن قدامه في كتابه المغني وهناك تعاريف عدة لمذهب الحنابله نذكر منها ماذكره صاحب كتاب الانصاف من أنها استحقاق لانسان انتزع حصة شريكه من يد مشتريها " وقال في الكافي بأنها استحقاق الانسان حصة شريكه من يد مشتريها بمثل ثمنها فزاد هنا بمثل الثمن . وعرفها الفتوحي في كتابه منتهى الايرادات بأنها " استحقاق الشريك انتزاع شقص شريكه ممن انتقل اليه بعوض مالي " فهذا التعريف ذكر انتقال الشقص بالعوض المالي عكس تعريف ابن قدامه فانه غير مانع لشموله ماانتقل بغير عوض.

• انظر المغني لابن قدامه ح ٥ ، ص ٢٢٩ ، • والانصاف للمرداوي ج ٦ ، ص ٢٥٥ .

• الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، دمشق ، منشورات المكتب الإسلامي ، ج ٢ ، ص ٤١٦ .

• منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات ، القاهرة ، مكتبة دار العروبة ، ج ٢ ، ص ٥٧ .

وقد أجيب عن هذا الاعتراض بأن الاسناد مجازى — أى سببه — وهو استحقاقها لثبوته للشريك وللجار قهرا — كعيشة راضية — أى راض صاحبها.

كما يرد عليه أيضا أنه غير مانع اذ يدخل فيه مالا شفعة فيه عندهم كالمنقول فالتعريف يشمل العقار والمنقول والشفعة لا تثبت عندهم الا فى العقار فقط.

وهذا الاعتراض أيضا وارد على مذهب الحنابلة.

التعريف المختار

ويمكن أن نعرف الشفعة بتعريف خال من الايرادات السابقة فيقال بأنها " حق تملك قهرى يثبت للشريك أو الجار القديم على الشريك أو الجار الحادث فيما ملك بعوض "

شرح التعريف

كلمة " حق " فى التعريف جنس يشمل حق التملك وحق الانتفاع وغيرهما.

وكلمة " تملك " قيد فى التعريف يخرج به حق رد الوديعة واستردادها ، وحق استرداد الدين.

وكلمة " قهرى " بالرفع صفة لحق ، ويصح بالجر ويكون صفة للتملك.

وكلمة " للشريك أوالجار القديم " يخرج ماليس بشريك ولا جار قديم .
وقولنا " فيما ملك بعوض " أي في نصيب ملك بمعاوضة ، وهو قيد خرج بحيه
ملكه بارث أو هبة ونحوهما فلا شفعة فيه .

مماتقدم نرى أن العلاقة بين المعنى الاصطلاحي والمعنى
اللغوى هي العموم والخصوص لأن المعنى الاصطلاحي يتضمن المعنى
اللغوى وهو الضم والزيادة لأن الشريك أو الجار يضم حصة شريكه أو
جاره الى ملكه .

× ×
× × × × × × × × × × × × ×
× × × × × × × ×

* المبحث الثانـــي *

حكم الشفعة ودليل مشروعيتهـــا

اختلف الفقهاء في حكم الشفعة على قولين

الأول : يقول بثبوتها وجوازها للشفيع بمعنى أن الشفعة حق للشفيـــع اختياري له أن يطالب بهذا الحق وله أن يمضي بيع المشتري ويسقـــط حقه اختيارا منه ذهب الى هذا القول جمهور الفقهاء من السلف والخلف وهو القول الثابت الصحيح (١)

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٥ ، ص ٢٢٩ .

المقدسي ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٢ ، ص ٤١٦

ابن شهاب ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٥ ص ١٩٢ .

ابن رشد ، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ط ١٣٣٩ ، نشر مكتبة الكليات الازهرية ج ٢ ، ص ٢٧٨ .

العسقلاني ، شهاب الدين أبي الفضل ، فتح الباري بشـــرح صحيح البخاري ، طبعة مصطفى الحلبي بمصر ١٣٧٨ ، ج ٥ ، ص ١٤٢ .

ابن حزم ، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، المحلى دار الاتحاد العربي للطباعة مكتبة الجمهورية العربية ١٣٩٠ هـ ج ١٠ ، ص ٣ .

الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد ، نيل الاوطار (شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار) القاهرة ، الطبعة الأخيرة مطبعة مصطفى الحلبي ، ج ٥ ، ص ٢٧٢ .

القول الثانى : أنكارها بمعنى أن الشفعة ليست حقا للشفيع ـ ذهب الى هذا القول أبوبكر الاصم [١] وجابر بن زيد من التابعين [٢]

قال العلامه ابن قدامه فى كتابه المغنى " ولا نعلم أحدا خالف هذا الا الاصم فانه قال لاتثبت الشفعة " [٣]

وقال العلامه ابن رشد فى كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد " أما وجوب الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه لما ورد فى ذلك من الأحاديث الثابته " [٤]

---

(١) أبوبكر الاصم هو محمد بن الحسن الاصم المتوفى سنة ٣٢٠ هجرية
انظر تاريخ بغداد للحافظ أبى بكر أحمد بن على الخطيب البغدادى ، الجزء الثانى
ص ١٩٢ — ١٩٤ .

(٢) هو جابر بن زيد الازدى البصرى ابو الشعثاء ـ تابعى فقيه من الائمة من اهل البصرة اصله من عمان . انظر الاعلام للزركلى ج ٢ ص ٩١ .

(٣) ابن قدامه ـ المصدر المذكور انفا ، ج ٥ ، ص ٢٢٩ .

ابن شهاب ، المصدر المذكور انفا ، ج ٥ ، ص ١٩٢

(٤) ابن رشد ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٤ ، ص ٢٧٨

ابن حزم ، المصدر المذكور آنفا ، ج ١٠ ، ص ٣

الرافعى ، عبد الكريم محمد ، فتح العزيز شرح الوجيز ، مطبعة التضامن الاخوى ، ج ١١ ، ص ٢٦٣ .

اقول ان هذا القول بعدم ثبوت الشفعة فى الشرع الاسلامى قول مخالف للاجماع فقد انعقد الاجماع من الصحابة والتابعين على جوازها قبل الاصم فمخالفته مخالفة للاجماع فلا يعول عليه .

دليـــل الشفعـــة

استدل جمهور الفقهاء على ثبوت الشفعة ومشروعيتها بالسنة والمعقول والاجماع أما السنة فهي :-

اولا :- ماروا ه البخارى ان جابر رضى الله عنه قال " قضى رسول اللـه صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة"(1)

وهذا الحديث يعتبر اصلا فى ثبوت الشفعة كما قاله الامام الزرقانى فـى شرحه للموطا للامام مالك وابن حجر فى فتح البارى .

---

(1) البخارى ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٣ ، ص ١١٤ .

ابن حجر ، شهاب الدين احمد بن على بن محمد ، فتح البارى القاهرة ، المطبعة البهية ، جـ ٥ ، ص ٧١ .

العينى ، بدر الدين ابى محمد محمود ، عمدة القارى ، مطبعة محمد منير عهده الدمشقى ، جـ ١٢ ، ص ٧١ .

الشوكانى ، محمد بن على بن محمد ، نيل الاوطار ، الطبعة الاخيرة ، مطبعة مصطفى الحلبى ، جـ ٥ ، ص ٣٧٢ .

الباجى ، سليمان بن خلف بن ايوب بن وارث ، المنتقى شرح موطا مالك ، القاهرة ، طبعة ١٣٣٢ هـ ، مطبعة السعادة جـ ٦ ، ص ١٩٦ .

شرح الزرقانى لموطا الامام مالك ، جـ ٣ ، ص ٢٧٧ .

ثانيا ـ مارواه مسلم وابوداود من حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنه قال " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء اخذ وان شاء ترك فاذا باع ولم يؤذنه فهو احق به "[1] واللفظ لمسلم.

ثالثا ـ مارواه احمد من حديث عبادة بن الصامت ان النبى صلى الله عليه وسلم " قضى بالشفعة بين الشركاء فى الارضين والدور "[2]

من هذه الاحاديث السابقة يتبين لنا ثبوت حق الشفعة للشريك ومنها يتبين لنا فساد قول منكرى الشفعة.

---

(١) النيسابورى، مسلم بن الحجاج ابن مسلم القشيرى، الجامع الصحيح، بيروت، دار الفكر، جـ ٥، ص ٥٧.

الشوكانى، المصدر المذكور آنفا، جـ ٥، ص ٣٧٢

العسقلانى، المصدر المذكور آنفا، جـ ٥، ص ٣٠٢.

(٢) الباجى، المصدر المذكور آنفا جـ ٦، ص ١٩٦.

أبوداود، سليمان بن الاشعث بن اسحاق الازدى، سنن ابى داود، تعليق احمد سعد، الطبعة الاولى ١٣٧١، مصر، طبعة مصطفى البابى الحلبى، جـ ٢، ص ٢٥٦

البيهقى، احمد بن الحسين بن على، السنن الكبرى، الطبعة الاولى، الهند، طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية جـ ٦، ص ٦٠٩

اما المعقول :-

فهو ان احد الشريكين اذا اراد ان يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه ، وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص ، فالذي تقتضيه حسن المعشرة ان يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر ، فاذا لم يفعل ذلك وباعه لاجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه (1) .

اما الاجماع :-

فهو ما نراه من الاخذ بها في كل زمان ومكان من غير نكير على ذلك من احد من ائمة الاسلام .

قال ابن المنذر : "اجمع اهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من ارض ، او دار ، او حائط" (2) .

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور انفا ، ج ٥ ، ص ٢٢٩ .

(٢) نفس المصدر .

ادلــة النــافـين للـشـفعة

استـدل النافــون للشـفعة بالكتاب والسـنة والمعقول :-

امــا الكتـاب فهـو قـولـه تعـالى : ((يــا ايـهـا الذين آمنـوا لاتـاكلـوا امـوالـكم بينـكم بالـباطـل الا ان تـكون تـجارة عـن تـراض منـكم)) [1] .

فـي هـذه الايـة الـكـريـمة نـهى الشـارع الحـكيم عـن اكـل مـال الغـير بالباطـل ، ومما لا شـك فيـه ان تملك ملك الغير بـدون رضـاه باطل ، فتكون الشفعة منهـى عـنهـا .

امـا السـنة : فهي قـولـه صلـى اللـه عليه وسـلم ((لا يحل مـال امـرئ مسـلم الا بطـيب مـن نفسـه)) [2] .

وجـه الدلالـة مـن هـذا الـحـديث :-

ان قـولـه "لا يحـل" نـفي فـي معـنى النهي وخبـر فـي معنى الانشـاء ، فـهو نهيٌ عـن اخـذ كـل مـال مـن صاحبه بغير طـيب مـن نفسـه ، ومما لا شـك فيـه ان اخـذ الحصة التي يبـيعـهـا الشـريك - بالشـفعـة ليست بطـيب مـن نفس المشـتري فتكون منهيا عنها .

---

(١) قـرآن كـريم ، سـورة النسـاء ، آيـة ٢٩ .
(٢) مسند الامام احمد بن حنبل ، ج ٥ ، ص ٧٢ .

المعقول :-

استدل من لم يقل بالشفعة بالمعقول ، وقالوا ان في اثبات الشفعة للشريك اضرارا بأرباب الاملاك فان المشترى اذا علم ان ما اشتراه يؤخذ منه لم يقدم على الشراء ، ويتقاعد الشريك ايضا عن الشراء فيستضر المالك[1] .

المناقشه

ونوقشت هذه الادلة بان ماأثاروه من نفي الشفعة ، وعدم مشروعيتها ادعاء لا يذكر امام النصوص ، لمخالفته الاثار الثابتة اولا ، والاجماع المنعقد قبله ثانيا .

اما استدلالهم بالآية فهو مردود ، لان الاخذ بالشفعة ليس من باب الاكل بالباطل ، لان الاخذ فيها بمثل الثمن او القيمة .

اما استدلالهم بالسنه فمردود ايضا ، لأن المنهي عنه في الحديث هو المال الذى حصل عليه صاحبه بغير طريق مشروع ، اما المال الذى حصل عليه بالطريق المشروع الذى رسمه له الشارع فليس منهيا عنه ، ومن ذلك الحصة التي باعها شريكه او جاره لاجنبي ، فاخذ الشريك لتلك الحصة من يد المشترى من غير رضاه بالشفعة ليس منهيا عنها ، بل هو من باب دفع الضرر عن نفسه لقوله عليه السلام "لا ضرر ولا ضرار" على

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٢٦ .

انه لاضرر على المشتري في اخذ الحصة منه بالشفعة ، لانه سيحصل على مادفعه ثمنا لما اشتراه .

وكل مافي الامر ان الصفقة اخذت منه ، ورد عليه ماصرفه عليها .

فحاله بعد اخذ الصفقة هو حاله قبل اخذها ، ولو سلمنا ان على المشتري ضرراً فضرر الشفيع اعظم ، وارتكاب اخف الضررين لدفع اعظمهما واجب ، ولذلك جاءت الاحاديث متظافرة على ثبوت الشفعة ، فكانت مخصصة للعموم في حديث لا يحل مال امرئ مسلم الابطيب من نفسه".

اما قولهم ان المشتري اذا علم ان ما اشتراه يؤخذ منه لم يقدم على الشراء .... الخ

فالجواب على ذلك من وجهين :-

الاول : انا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يقدم من يشتري منهم غير شركائهم ، ولم يمنعهم استحقاق الشفعه من الشراء .

الثاني : انه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقه ان يقاسم فيسقط استحقاق الشفعه [1].

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٢٩ .

* المبحث الثالث *

حكمة مشروعية الشفعة

لا شك ان الشريعة الاسلامية تهدف بتشريعاتها الى تحقيق العدل والمصالح وتعميم الرخاء وجلب المنافع ودرء المفاسد فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه وظله في ارضه وحكمته الدالة عليه.

فالشفعة شرعها الله على لسان نبيه الامين صلى الله عليه وسلم ولا شك ان لهذه المشروعية حكمة اقتضاها عدله، وان من الحكمة في مشروعيتها ازالة الضرر الذى قد يصيب الشريك او الجار فان الضرر يجب ان يدفع وان يجتنب ما امكن لقوله صلى الله عليه وسلم " لاضرر ولاضرار ".

فان الضرر متوقع خصوصا ضرر الشركة وضرر الجوار لما ينشأ من سوء المعاشرة والمعاملة من حيث اعلاء الجدار وايقاد النار، ومنع ضوء النهار واثارة الغبار[1]، لاسيما وان كان يضاده في الاخلاق والعادات.

فالشركة تعتبر في الغالب موطنا للخصومات ومحلا للتضرر والتعديات لتباين المقاصد واختلاف الاغراض.

قال الله تعالى ((وان كثيرا من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات =

---

(١) حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، تعريب فهمي الحسيني، بيروت، مكتبة النهضة، جـ ٤، ص ٦٧٢.

وقليل ماهم ".[1]

ولما كان ذلك هو الغالب بين الشركاء خول الشارع الحكيم للشريك الاولوية على المشترى وجعله اولى بالمبيع من الاجنبى ، تفاديا لما عساه ان يقع من النزاع والخلاف المفضى الى التباغض والتنافر واختلاف الكلمة مما لا يرضاه الشارع لأمة شعارها المحبة والاجتماع .

ويحسن بنا فى هذا المقام ان نورد ماقاله ابن القيم فى حكمة مشروعية الشفعة مانصه " من محاسن شريعة الاسلام وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة ولا يليق بها غير ذلك . فان حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما امكن فان لم يمكن رفعه الا بضرر اعظم منه بقاه على حاله وان امكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به .

ولما كانت الشركة منشأ الضرر فى الغالب فان الخلطاء يكثر فيهم بغى بعضهم على بعض ، شرع الله سبحانه الشفعة

---

(١) قرآن كريم ، سورة ص ، آية ٢٤ .

لرفع الضرر عن الشريك لينفرد احد الشريكين بالجمله اذا لم يكن على الاخر ضرر في ذلك فاذا اراد الشريك بيع نصيبه واخذ عوضه من الثمن كان شريكه احق به من الأجنبي وهو يصل الى غرضه من العوض من ايهما كان سواء كان من الاجنبي او من شريكه فكان الشريك في هذه الحاله احق بدفع العوض من الاجنبي ويزول عنه ضرر الشركه ولا يتضرر البائع لانه يصل الى حقه من الثمن وكان هذا من اعظم العدل واحسن الاحكام المطابقة للعقول السليمه والفطر الانسانيه ومصالح العباد[1] . وقال شيخ الاسلام ابن تيميه رحمه الله في الشفعه ((فانها شرعت لتكميل الملك للشفيع لما في الشركة من التضرر))[2]

ونقل علي حيدر عن مجمع الانهر بان الحكمة في مشروعيتها دفع ما ينشأ من سوء

---

(١) ابن القيم ، المصدر المذكور انفا ، ج ٢ ، ص ١٧٩ .

(٢) ابن تيميه - احمد ابن تيميه - مجموع فتاوى ابن تيميه - الطبعة الاولى - ١٣٨٣هـ ، ج ٣٠ ، ص ٣٣١ .

الجوار من الضرر على وجه التأبيد كابقاء النار واعلاء الجدار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعاقة الدواب والصغار[1] .

اذا فالحاجة داعية الى مشروعيتها لرفع الضرر سواء كان ضرر شركه او قسمه من استحداث المرافق وغيرها . وتوضيح ذلك ان احد الشريكين اذا اراد ان يبيع نصيبه من الحصة المشتركه وتمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص من الشريك الجديد فالذى تقتضيه حسن العشرة ان يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر المتوقع من سوء نية القسمه او استحداث المرافق المتوقعه من قدوم الشريك الجديد كالمصعد والبالوعة والمنور في الحصه الصائرة اليه فاذا لم يفعل ولم يمتثل امر الشارع

---

(١) علي حيدر المصدر المذكور آنفا ج ـ٤ـص٢ـ٦٧٢ـ

فباع حصته على الاجنبي سلط الشرع الشريك على صرف هذه الصفقه لنفسه [1] ، ولهذا كان تشريعا الشفعه متفقا مع اصول الشريعه العامه ومحققا لروحها وان كانت على خلاف ما وضع للملكية من قواعد وقيود فان الاخذ بالشفعة جبرا على المشترى ينافي قاعدة الرضا وحرية التعاقد في انتقال الملك من شخص الى اخر ولكنه استثناء دعت اليه المصلحة العامه ولم يترتب عليه ضرر لا على البائع ولا على المشترى فقد توفر للبائع معه ما يريد من مال عوضا عن ملكه وكان المشترى في غنى عما اشتراه قبل شرائه وقد وجد من هو احق منه وليس في صرف الصفقه عنه الى غيره ظلم له وانما في ذلك دفعا للاضرار بالشريك وتمكينا للمشترى من حقه كما ان من فوائدها جمع ما تفرق من الملكيه كضم حق الانتفاع الى الرقبه اوضم الجزء المباع الى حصته ومن مزاياها منع تجزئة العقار والارض الى قطع صغيره ببيعها لغير الشريك والجار الذى باستعماله حق الشفعه يضم له المشفوع فيه

---

(١) ابن قدامه المصدر المذكور آنفا ج ٥ ص ٢٢٩ بتصرف

* المبحث الـرابـــع *

هـل الشفعة واردة على خلاف القياس ام لا ؟

ذ هب اكثر العلماء الى ان الشفعة واردة على خلاف القياس.

والحجة لهم فى ذلك هو ان الحصة الماخوذة بطريق الشفعة لم تؤخـذ عن رضى وانما اخذت كرها من المشترى ولكن جوزها الشارع استثناء للمصلحة العامة ويحتمل الضرر الاخف لدفع الضرر الاشد عن الشريك او الجـار استنادا الى هذه القاعدة الشرعية ." الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف"[1]

وقال ابن قدامه الحنبلى فى كتابه المغنى " ان الشفعة ثبتت على خلاف الاصل " وعلل ذلك بقوله " اذ هى انتزاع ملك المشترى بغير رضاء منـه واجبار له على المعاوضه لكن اثبتها الشرع لمصلحة راجحة[2] وهى رفـع الضرر وذهب ابن القيم الجوزية الى ان الشفعة لم ترد على خـلاف القياس بل هى توافق القياس بل كل مافى الشريعة يوافق العقل فالمطلع على اصول الشريعة لا يجد فيها شيئا يخالف القياس ولا فى المنقول عـن صحابه رسول الله صلى الله عليه وسلم الذى لا يعلم لهم فيه مخالف.

واستطرد قائلا :ـ ان القياس الصحيح دائر مع اخبارها وجودا وعدما ،

---

(١) مجلة الاحكام العدلية ،ص ١٩ .

ابن قدامه ،المصدر المذكور آنفا ،جـ ٥ ،ص ٣٣٠ ، ٣٣١

شرح الازهــــــار ،ص ٢٠٧

فلم يخبر الله رسوله عليه الصلاة والسلام بما يناقض صريح العقل ولم يشرع له ما يناقض الميزان والعدل (١)

وقال بعضهم :ـ خالفت الشفعة القياس ووافقت قياسات اخر يدفع فيها ضرر الغير بضرر الاخر ثم يؤخذ منه ما اشتراه كرهاً كبيع الحاكم عن المفلس والمتمرد ونحوها (٢)

وقد اورد ابن القيم رحمه الله شبهة القول بمنافاة الشفعة للقياس. ثم رد عليها رحمه الله وبين ان الشفعة ليست منافية لاصول الشريعة ومبادئها فقال " وحرم اخذ مال الغير الا بطيب نفس منه ثم سلطة على اخذ عقاره وارضه بالشفعة" ثم رد رحمه الله على هذه الشبهة فقال : " من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة ولا يليق بها غير ذلك فان حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما امكن فان لم يمكن رفعه الا بضرر اعظم منه بقاه على حاله وان امكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به .

ولما كانت الشركة منشا الضرر فى الغالب فان الخلطاء يكثر فيهم بغى بعضهم على بعض شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وانفراد

---

(١) ابن القيم ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٢ ، ص ١٢٨ - ١٢٩ .

(٢) الصنعانى ، محمد بن اسماعيل ، سبل السلام ، مصر ، مطبعة محمد عاطف ، الناشر مكتبة الجمهورية ، راجعه محمد هراس ج ٣ ، ص ٩٥ .

كل من الشريكين بنصيبه ، وبالشفعة تارة وانفراد احد الشريكين بالجملة اذا لم يكن على الآخر ضرر فى ذلك فاذا اراد ان يبيع نصيبه احد الشريكين واخذ العوض عنه كان شريكه احق واولى بهذا النصيب من الدخيل ، وهو يصل الى غرضه من البيع وهو العوض من الاجنبى حتى يزول عنه ضرر الشركة ، ففى هذه الحالة لا يتضرر البائع لانه يصل الى غرضه من الثمن وكان هذا من اعظم العدل واحسن الاحكام الموافقة للعقول السليمة والفطر الانسانية ، والموافقة لمصالح الناس ، ومن هنا يعلم ان الشفعة ليست واردة على خلاف القياس وانما موافقة له .

=================

===========

======

======

الباب الثانى

سبب حق الشفعة

ويتضمن المباحث التالية :-

* آراء الفقهاء فى سبب الشفعة
* شفعة الشركة
* شفعة الجوار
* تعدد الشفعاء
* انتقال الشقص الى الغير .

تمهيـــــد

اختلف الفقهاء في سبب الشفعة ، فبعضهم قال ان سبب الشفعة هو الاتصال وبعضهم قال انه انتقال الملك الى الغير بمعاوضة ، وبعضهم قال انهما معا ، ولكل دليل نبينه ان شاء الله . وفى الواقع أن الشفعة لا تثبت الا بوجود الاتصال مع انتقال الملك الى الغير سواء قلنا ان السبب هو الاتصال أو قلنا السبب هـو الانتقال أو قلنا ان السبب هو مجموع الأمرين . والاتصال المذكور ينقسم الـــى قسمين اتصال شركة وهذا يشمل الشريك فى نفس الملك والشريك فى المرافـــق ، واتصال جوار ، وهنا يكون الشفيع هو الجار الملاصق دون غيره لأن ماعداه غيـــر متصلا ملكه بملك المبيع .

والفقهاء القائلون بأن السبب هو الاتصال اختلفوا أيضا هل السبب هو اتصال شركة أم اتصال جوار ، فمن قال ان السبب هو اتصال الشركة فقط أثبت الشفعـــة للشريك ونفاها عن الجار ، ومن قال ان السبب هو الاتصال على عمومه أثبتها للكل وعليه يكون الشفيع الذى تثبت له الشفعة هو الشريك فى المبيع ثم الشريك فـــى المرافق اذا عدم الأول ثم الجار الملاصق اذا عدم الذى قبله وهكذا تثبت عندهم الأقوى فالأقوى .

وعليه سيكون تقسيم البحث فى هذا الباب على النحو التالى

سبب الشفعة

شفعة الشركة

شفعة الجوار

تعدد الشفعاء

انتقال الشفعى الى الغير

تمهيد :

اختلف الفقهاء في سبب الشفعة ، فبعضهم قال ان سبب الشفعة لثبوتها هو الاتصال وبعضهم قال انه انتقال الملك الى الغير بمعاوضة ، وبعضهم قال انهما معا . ولكل دليل - نبينه ان شاء الله .

وفي الواقع ان السبب المثبت للشفعة هو الاتصال الا ان الاتصال ينقسم الى قسمين اتصال شركة وهذا يشمل الشريك في نفس الملك والشريك في المرافق ، واتصال جوار وهنا يكون الشفيع هو الجار الملاصق ، وقلنا الملاصق دون غيره لان السبب كما قلنا هو الاتصال ، لان الجار المقابل غير متصل ملكه بملك المبيع.

والفقهاء القائلون بان السبب هو الاتصال اختلفوا ايضا هل السبب هو اتصال شركة ام اتصال جوار - فمن قال ان = السبب هو اتصال الشركة فقط اثبتها للشريك ونفاها عن الجار ، ومن قال ان السبب هو الاتصال على عمومه اثبتها للكل وعليه يكون الشفيع الذى تثبت له الشفعة الشريك في المبيع ثم الشريك في المرافق اذا عدم الاول ثم الجار الملاصق اذا عدم الذى قبله وهكذا تثبت عندهم الاسبق فالاسبق .

وعليه سيكون تقسيم البحث في هذا الباب على النحو التالى :

* سبب الشفعة
* شفعة الشركة
* شفعة الجوار
* تعدد الشفعاء ومراتبهم
* انتقال الشقص الى الغير

سبب الشفعة عند الفقهاء

اختلف الفقهاء في سبب ثبوت حق الشفعة للشفيع على ثلاثة مذاهب

المذهب الاول : ان السبب لثبوت حق الشفعة هو اتصال الملك بالملك المباع واما انتقال الملك بمعاوضة فشرط في سببيته وبهذا قال جمهور الحنفية[1] جاء في نتائج الافكار لشمس الدين مانصه " ثم ان سبب الشفعة عند عامة المشايخ اتصال ملك الشفيع بملك البائع" وقال الزيلعي من الاحناف " السبب هو الاتصال "[2]

المذهب الثاني : ان السبب لثبوت حق الشفعة هو انتقال الحصة الى المشتري بالمعاوضة واما الاتصال فشرط في سببيته وبهذا قال جمهور المالكيه وبعض من الفقهاء قال في مواهب الجليل قال ابن راشد في اللباب " ثم الآخذ انما يتوجه له الاخذ عند وجود المقتضى وهو وجود الشرط والسبب وانتفاء المانع - والسبب نفس البيع ويشترط في كونه سببا خمسة شروط - ان يكون الشفيع مالكا للرقبة وان يخرجه البائع عن ملكه بمعاوضة بيع ونحوه ، وان يكون البيع صحيحا اذ لا يشفع في الفاسد الا بعد

---

(١) قاضي زاده ، شمس الدين احمد بن قودر ، نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار ، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد ، جـ ٧ ، ص ٤٠٦ ، ٤٠٧ .

(٢) الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، بيروت ، دار المعرفة للنشر والتوزيع جـ ٥ ، ص ٢٤٢ .

الفوات ، وان يكون لازما فلاشفعة في الخيار لابعد لزومه وان يكون الملك سابقا على البيع ، فلو اشترى رجلان دارا صفقة واحدة فلاشفعة لاحدهما على الآخر .... الخ .(١)

والشاهد هنا : قوله " وان يخرجه البائع عن ملكه بمعاوضة كالبيع بعد ان قال ويشترط في كونه سببا خمسة شروط ذكر منها انتقال الحصة عن البائع الى المشترى بالمعاوضة ، فجعل الانتقال سببا بعد توفر الشروط الاخرى التي تعتبر من طبيعة العقد ، فلا حاجة لاشتراطها ثانية .

جاء في التاج والإكليل لمختصر خليل نقلا عن المدونة قال" من ابتاع شقصا من دار بعبد بعينه ، فمات بيده فمصيبته من البائع وللشفيع الشفعة بقيمة العبد وعهدته على المبتاع لان الشفعة وجبت بعقد البيع اهـ (٢)

فظاهر هذا النص يفيد ان الشفعة يتحقق سببها بعقد البيع دون غيره ، فلما كان عقد البيع هو العلة الموجبة للحكم اعتبر انتقال الشقص الى المشترى بالبيع سببا للأخذ بالشفعة اذا وجد وجدت ، واذا انتفى انتفت ، =

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ، جـ ٥ ، ص ٣٢٦ .

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل ، لمحمد بن يوسف العبدري ، ليبيا ، مكتبة النجاح ، جـ ٥ ، ص ٣١٠ .

وجاء فى تكملة المجموع للنووى مانصه (اما ماتجب به يعنى الشفعة ـ فهو انتقال الملك بعقد المعاوضات)[1]

فتعبير الفقهاء بوجوب الشفعة بانتقال الحصة بالمعاوضة هو تعبير بالسبب لان السبب اذا وجد وجد حكمه .

المذهب الثالث : ان السبب هو مجموعهما (اى اتصال الملك بالملك، وانتقال الملك الى المشترى) وبهذا قال شيخ الاسلام من الحنفية قال فى التكملة على الهداية (وذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما)[2] قال ولا يجوز ان يقال بان الشراء شرط والشركة علة وسبب.

---

(١) المطيعى ، محمد بخيت ، التكملة للمجموع شرح المهذب ، مصر ، مطبعة الامام ، الناشر زكريا على يوسف ، جـ ١٤ ، ص ١٣٩ .

(٢) قاضى زاده ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٧ ، ص ٤٠٧ .

((الادلـــــة))

دليل المذهب الاول

استدل اصحاب المذهب الاول :

بقولهم أن الشفعه شرعت لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل وهو ضرر سوء المخالطه والمعاملته والضرر وانما يتحقق عند الاتصال المذكور ، ودفع هذا الاستدلال بانه لوكان الاتصال سببا لصح اسقاط الشفعه قبل انتقال الملك لوجود السبب والتالي (أي الاسقاط) باطل فبطل ماأدى اليه وهو فرض كونه سببا فثبت نقيضه وهو عدم كون الاتصال سببا وهو المطلوب . (1)

استدل اصحاب هذا المذهب بقولهم : ان استحقاق اخذ الحصه يترتب على الانتقال ويمنع قبله ولو مع اتصال الملك فيلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم كما قرره الاصوليون ودفع ذلك بان لزوم الوجود من وجوده والعدم من عدمه لا يقتضي كونه سببا لان الانتقال هنا بدون .

---

(1) قاضي زاده ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٧ ، ص ٤٠٧ .

اتصال لا يكون سببا موجبا للاخذ بالشفعة اما اذا وجد الانتقال بعد الاتصال ـ فان هذا الانتقال يعد جزء سبب فان جزء السبب المركب اذا كان متاخرا فى الزمان يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم ومن امثلة ذلك القبول فى البيع ونحوه فانه يلزم من وجوده بعد الايجاب وجود التملك ومن عدمه عدمه وهو جزء سبب ، اذ السبب مجموع الامرين اذا وجد الانتقال بعد الاتصال وجد استحقاق الشفعة .

دليل المذهب الثالث :

استدل اصحاب هذا المذهب بقولهم : ان حق الشفعة يوجد بوجود الاتصال مع الانتقال ويرتفع بارتفاعهما ولكل منهما دخل فيه فلو وجد احدهما دون الآخر لا يوجد حق ثبوت الشفعة فكان مجموعهما سببا مركبا منهما .

من العرض السابق يتبين لنا ان لا خلاف بين الفقهاء من ان سبب الشفعة هو الاتصال او الانتقال او هما معا لانه كما بينا ان الكل لازم الاتصال والانتقال لان من قال ان السبب هو الاتصال يقول بشرطية الانتقال ومن قال ان السبب هو الانتقال يقوم بشرطية الاتصال ومن قال بمجموعهما يشترط وجودهما .

---

(١) الخطاب ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٣٢٩ .

(٢) قاضى زاده ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٧ ، ص ٤٠٧ .

فعلى كل فلانرى خلافا حقيقيا وجوهريا بينهم في المعنى وانما هـــو اختلاف لفظي لاثمرة فيه ولا يترتب عليه أثر عملي ،سواء قلنا ان الاتصال هو السبب ،والانتقال شرط ،او قلنا ان السبب الانتقال ،والاتصـــال شرط ،اوان السبب مكون منهما جميعا .

فالمدار الذى ينبني عليه الحكم لثبوت هذا الحق هو وجـــــود الأمرين ،سواء قيل ان السبب هو الاتصال والانتقال شرط ،او بالعكس او هما معا ،فالكل عند الجميع لازم ولابد منه .

وعليه يكون السبب مكوناً من الاتصال والانتقال معا كما في الايجاب والقبول في عقد البيع فكذا الاتصال مع الانتقال في الشفعة .

واذا تقرر ان السبب مكون من الاتصال والانتقال فان الاتصال ينقسم الى قسمين اتصال شركة ،واتصال جوار ،ثم ان اتصال الشركة ينقســم الى قسمين ايضا ،اتصال في نفس الشركة ،واتصال في مرافق الشركـــة وينتج عن ذلك الاتصال وجود شفعاء عند البيع وسوف نبحث هــــذا الموضوع بالتفصيل [illegible] تحت عنوان " لمن تثبت الشفعـــة " وسوف نقسم هذا الى مبحثين المبحث الاول نخصصه لشفعـــة الشركة ،والثاني نخصصه لشفعة الجوار .

((لمن تثبت الشفعـــــــة ؟))

تمهيـــــد :

بناء على ماسبق بيانه فى المبحث السابق يتضح لنـــا ان الشركة والجوار سببان من اسباب الاخذ بالشفعـــة وبناء على ذلك فان الشفعة تنقسم الى قسمين شفعـــة شركة وشفعة جوار ، اما شفعة الشركة فتشمل الشريك فـــى نفس الملك ، والشريك فى الحقوق الخاصة وسوف نبحـــث هذا فى مطلبين الاول فى شفعة الشريك فى عين المبيـــع والثانى فى شفعة الشريك فى المرافق الخاصـــة .

المطلـــــب الاول

الشفعة للشريك فى نفس المبيـــع

والشريك فى نفس المبيع هو من [illegible] له نصيب شائع فى نفس المبيع .

والمبيع : هو الشىء المباع سواء كان عقارا او منقولا [illegible]

[illegible]

---

(١) [illegible]

ثبوت الشفعة للشريك فى المبيع

اتفق (١) الفقهاء على ثبوت الشفعة للشريك الذى لم يقاسم وله حصة شائعة فى نفس المبيع واستدلوا على ذلك بقول الرسول صلى الله عليه وسلم وبقضائه .

أولا : اما قوله صلى الله عليه وسلم : فهو ماروا‌ه مسلم عن اسماعيل بن ابراهيم عن ابن جريج عن ابى الزبير عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : الشفعة فى كل شرك ارض او ربع (٢) او حائط (٣) لا يصلح ان يبيع حتى يعرض

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٢٩ .
ابن شهاب ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ١٩٦ .
المطيعى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٤ ، ص ١٣٢ .
الشلبى ، شهاب الدين احمد ، حاشية الشلبى على شرح كنز الدقائق
الطبعة الاولى ، مصر ، المطبعة الكبرى الاميرية ١٣١٥ . جـ ٥ ، ص ٢٣٩ .
الكاسانى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٦٨٢ .
ابن حزم ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٠ ، ص ٣ .
ابن رشد ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٢٨٧ .
الهذلى ، جعفر بن الحسن بن ابى زكريا يحيى بن الحسن بن سعيد ، شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام ، جـ ٣ ص ٢٥٥

(٢) الربع : هو المنزل والدار بعينها والوطن متى كان وبأى مكان كان وهو مشتق من ذلك وجمعه اربع ورباع وربوع وارباع وفى حديث اسامه قال عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربع .

(٣) الحائط : هو : البستان وجمعه حوائط وهو ههنا البستان من النخيل اذا كان عليه حائط وهو الجدار وتكرر فى الحديث وجمعه الحوائط وفى الحديث على اهل الحوائط حفظها بالنهار يعنى البساتين .

على شريكه فيأخذ او يدع فان ابى فشريكه احق به حتى يؤذنه (١)

ثانيا : اما قضاؤه صلى الله عليه وسلم فهو مارواه احمد والبخارى عن جابر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم " قضى بالشفعة فى كل مالم يقسم (٢)

واستدلوا ايضا بمارواه مسلم والنسائى وابوداود عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم " قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة او حائط لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء اخذ وان شاء ترك فان باعه ولم يؤذنه فهو احق به" (٣)

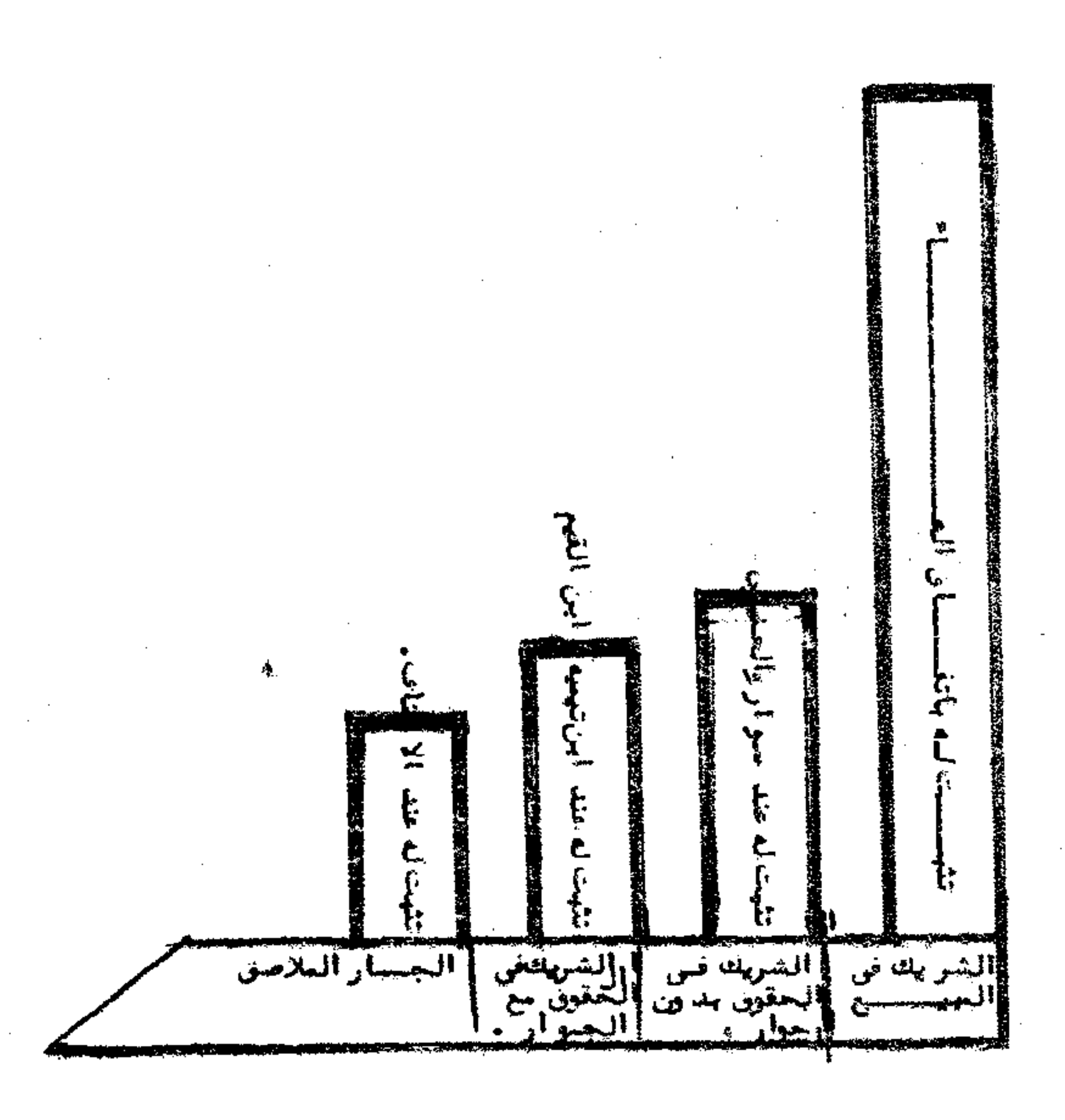
فهذه الاحاديث المروية عن جابر رضى الله عنه صريحة فى ثبوت الشفعة للشريك الذى له حصة شائعة مادام لم يقاسم . فهى تبصرنا وماانطوت عليه من الدلالة بالفعل تارة وبالقول اخرى ، فوجدناها قد توافقت فى دلالتها على وجوب الشفعة للشريك ، وقد وردت كلها باسانيد صحيحة لذلك كان لا خلاف بين الفقهاء من ان الشفعة حق ثابت للشريك متى تحققت الاسباب والشروط .

---

(١) النيسابورى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٥٧ .

(٢) البخارى ، المصدر المذكور آنفا جـ ٣ ، ص ١١٤ ،
الشوكانى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٣٧٢ ,
العينى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٢ ، ص ٧١ .

(٣) النيسابورى ، المصدر نفسه
الصنعانى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٣ ، ص ٦٢ .



تثبت له باتفاق العلماء
تثبت له عند ابن تيمية ابن القيم
الشريك في المبيع
الشريك في الحقوق بدون جوار
الشريك في الحقوق مع الجوار .
الجار الملاصق

لمن تثبت الشفعة

قول الجمهور

للشريك في المبيع

للشريك في المبيع | للشريك في حقوق المبيع

للشريك في المبيع | للشريك في حقوق المبيع | للجار الملاصق

المطلب الثاني

((الشفعة للشريك في حقوق المبيع))

والشريك في حقوق المبيع هو كون الانسان له جزء في حقوق الملك كالشرب الخاص والطريق الخاص والمسيل الخاص ، وباختصار هو الشريك في حق من حقوق الارتفاق وحق الارتفاق هو حق مقرر على عقار لمصلحة عقار آخر مملوك لغير مالك الاول وهو ماخوذ من الارتفاق وهو الاتكاء على مرفق اليد ، يقال ارتفقت بالشيء اى انتفعت به .

وانواعه كثيرة كحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور .. الخ فحق سقى ارض من اخرى ، وحق اسالة فاضل الماء من ارض الى اخرى وحق المرور من ارض الى اخرى ، كلها تسمى بحقوق ارتفاق(١)

((آراء الفقهاء في شفعة الشريك في حقوق المبيع))

ذهب جمهور الفقهاء(٢) انه لا شفعة للشريك في حقوق المبيع ففي المذهب المالكي قال في المدونه : قلت لابن القاسم : ارايت لو ان قوما اقتسموا دارا بينهم فعرف كل رجل منهم بيوته ومقاصيره الا أن المساحة بينهم لم يقتسموها اتكون الشفعة بينهم ام لا في قول مالك ؟

قال قال مالك لا شفعة بينهم اذا اقتسموا . قلت وان لم يقتسموا لمساحة وقد اقتسموا البيوت فلاشفعة بينهم في قول مالك قال نعم . . . . فقلت ارايت السكة غير النافذة تكون فيها دار لقوم فباع بعضهم داره ايكون لاصحابه السكة الشفعة ام لا في قول مالك ؟ قال لا شفعة لهم عند مالك قلت ولا تكون الشفعة في قول مالك بالشركة في الطريق ؟ قال نعم لا شفعة بينهم اذا كانوا شركاء في طريق . الا ترى ان مالكا قال لا شفعة بينهم اذا اقتسموا الدار ٢ - ١ هـ (١)

وقال ابن رشد في معرض تعداد مالا شفعة فيه : وكذلك لا شفعة عنده في الطريق ولا في عرصة الدار - ١ هـ (٢)

وفي المذهب الشافعي قال الخطيب في شرحه للمنهاج للنووي مانصه : ولا شفعة الا لشريك في رقبة العقار فلاتثبت للجار . . . ولا للشريك في غير رقبه العقار كالشريك في المنفعة فقط ولو باع داراً وله شريك في ممرها فقط التابع لها فان كان دربا غير نافذ فلاشفعة له فيها لانتفاء الشركة فيها (٣)

---

(١) الاصبحي ، مالك بن انس ، المدونه الكبرى ، رواية الامام سحنون بن سعيد التنوخي عن عبد الرحمن بن القاسم عن مالك ، الطبعة الاولى ، مصر ، مطبعة السعادة ، ١٣٢٣ هـ ، الناشر دار صادر بيروت ، جـ ٥ ، ص ٤٠٢ ، ~~الجزء الثاني عشر~~ .

(٢) ابن رشد ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٢٨٠ .

(٣) الشربيني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٢٦٨ .

وفي المذهب الحنبلي ذكر ابن قدامه " ان من شروط الشفعة ـ ان يكون الملك مشاعا غير مقسوم "(١)

فمفهوم هذا النص يفيد نفي الشفعة في الشركة في حقوق المبيع وادلتهم على ذلك هي نفس ادلتهم على نفي الشفعة عن الجار وسنذكرها ان شاء الله في محلها .

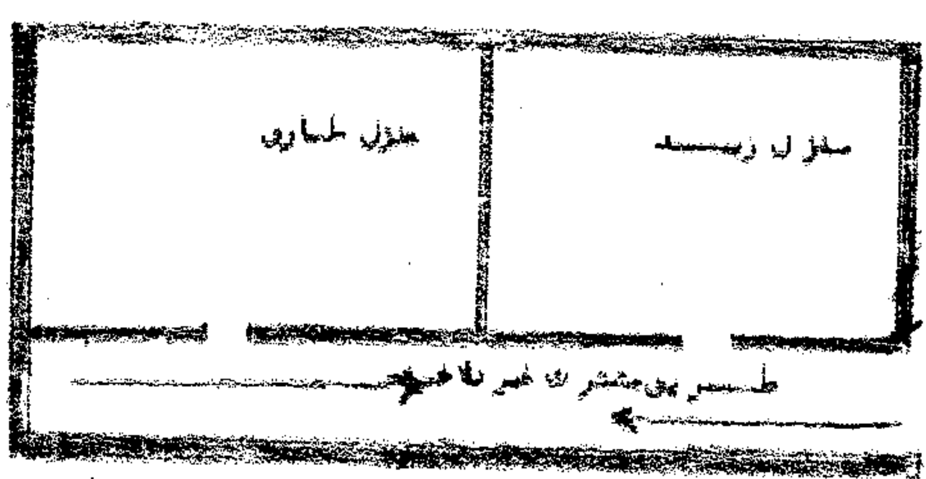
وذهب الحنفية وسوار بن عبيد الله ، وعبيد الله بن الحسن العنبري الى ثبوت الشفعة في حقوق المبيع الخاصة وان لم يكن جارا .

اما الجار اذا كان شريكا في حقوق المبيع فسنتكلم عنه ان شاء الله في مبحث شفعة الجوار .

واحتج القائلون بثبوت الشفعة للشريك في الحقوق الخاصة فقط بان الضرر الحاصل بالشركة في المرافق كالضرر الحاصل بالشركة في نفس الملك ـ لان الشفعة شرعت اصلا لدفع الضرر وضرر في الغالب يكون مع شدة الاختلاط وشبكة الانتفاع وذلك لا يكون الا مع الاشتراك في نفس المبيع او في حقوقه ومرافقه الخاصة ويندر عند عدم ذلك .

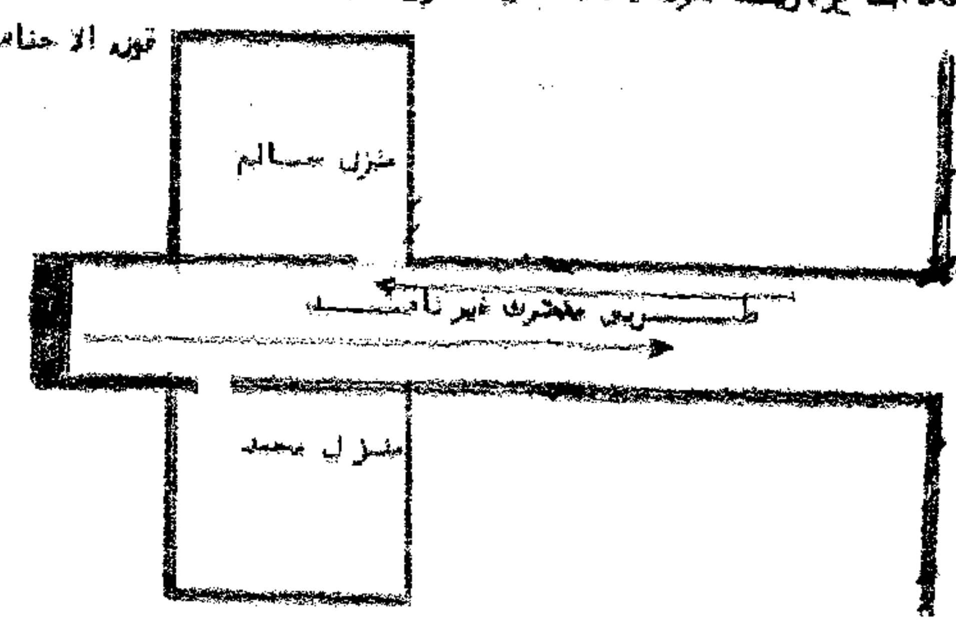
---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٠ .



هذا الشكل يوضح ثبوت الشفعة للجار اذا كان شريكا مع جاره في حق من حقوق الارتفاق .

فان باع زيد منزله لخالد فان لطارق حق الاخذ بالشفعة لانه شريك في الطريق ، وهذا على قول الاحناف وابن القيم وابن تيميه .



وهذا الشكل يوضح ثبوت الشفعة للشريك في المبيع بدون جوار وقد ذهب الى هذا سوار والعنبري

فان باع سالم منزله على بكر فان لمحمد حق الاخذ بالشفعة لانه شريك في الطريق .

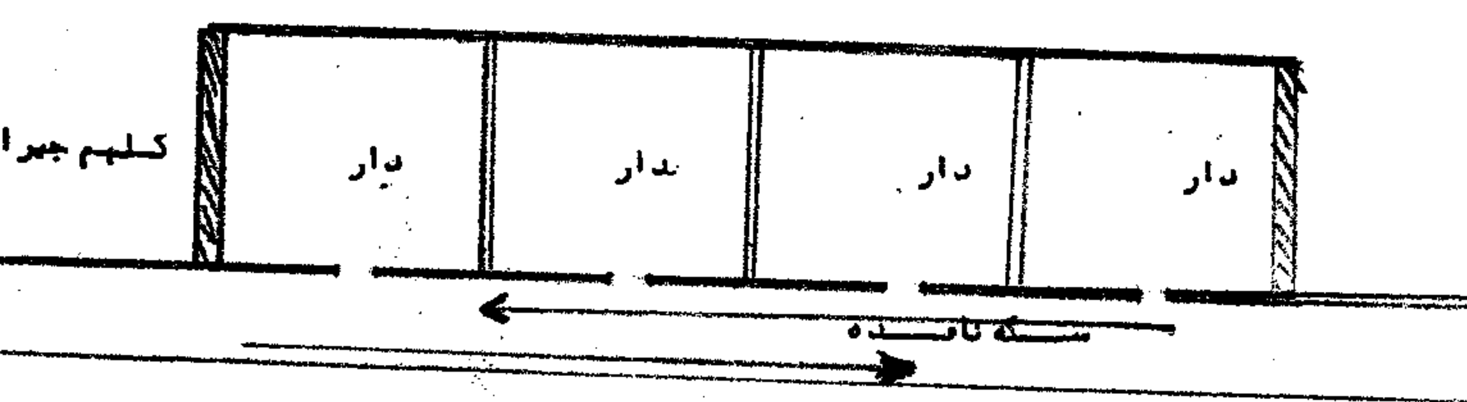
هذا الشكل يوضح ثبوت الشفعة للجار الملاصق فقط فاذا باع حسن منزله على سعيد فان لاحمد حق الاخذ بالشفعة بالجوار وهذا على مذهب الاحناف.

طريق عام نافذ

منزل حسن

منزل احمد

طريق عام ونافذ



* شفعـــــة الجـــوار *

الجيران كثيرون منهم الجار الملاصق والجار المقابل .

والجار الملاصق : [(١)] هو ماكان منزله ملاصقاً لدار جاره على نحو أن يكون بابه في سكة اخرى وظهر داره لظهرها [(٢)] او ان يكون جداره ملاصقاً لجدار جاره نحو ان يكون باب كل منهما في سكة واحدة

---

(١) فالجار هو من له عقار متصل بالعقار المبيع والملاصق من جانب واحد ولو بشبر كالملاصق من ثلاثة جوانبفهما سواء اما لو كان عقار الجار منفصلا عن العقار المبيع انفصالا تاما ولو بقدر شبر او اقل فلايكون جارا مستحقا للشفعة وقيل اذا كان الفاصل صغيرا بحيث لا يصح ان يكون ممرا ثبتت شفعة الجوار حكما والا فلاشفعة والاول هو المعتمد مرشد الحيران مادة ١٠٠
والشفعة للجار الملاصق ، اما الجار المقابل فلاشفعة له بالمجاورة سواء أكان اقرب باب ام ابعد فالمعتبر هو القرب واتصال احد الملكين بالآخر ـ المبسوط ٩٣ - ٩٤ .
وسبب عدم ثبوت الشفعة اذا كان الجار مقابلا غير ملاصق هو ان حق الاخذ بالشفعة انما يكون للشفيع من حيث توسع الملك والمرافق وهذا يتحقق في الجار الملاصق دون المقابل لامكان جعل احدى الدارين من مرافق الدار الاخرى ولا يمكن ان يتحقق هذا في الجار المقابل لعدم امكان جعل احدى الدارين من مرافق الدار الاخرى لوجود شارع نافذ بينهما ـ المبسوط ١٠ - ٩٦ .

(٢) ابن عابدين ، المصدر المذكور آنفا جـ ٦ ، ص ٢٢٤ .

(آراء الفقهاء في ثبوت الشفعة للجـــار)

بعد ان اتفق الفقهاء على ثبوت الشفعة للشريك في المبيع اختلفت اقوالهم في ثبوت الشفعة للجار على ثلاثة اقوال

القول الاول : ينفي شفعة الجار سواء كان ملاصقا او غير ملاصق ذهب الى هذا القول[1] جمهور الفقهاء مالك والشافعي واحمد والاوزاعي واسحق بن راهويه وابوثور وعبد الله بن الحسن والامامية وبه قال من كبار الصحابة رضي الله عنهم عمر وعثمان وعلي ومن التابعين سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والزهري ويحي الانصاري

---

(١) الشربيني ، محمد ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، القاهرة – مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي ، جـ٢ ، ص ٢٩٨ .
ابن شهاب ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ١٦٦ .
الدردير ، المصدر المذكور آنفا ، ص ٢٧٧ – ٢٧٨ .
الدسوقي ، شمس الدين محمد عرفه ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، بيروت ، دار الفكر ، جـ ٣ ، ص ٤٢٦ .
الحطاب ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٣١١ .
ابن رشد ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٢٧٨ .
ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٠ .
البهوتي ، منصور بن يونس ، كشاف القناع على متن الاقناع ، مطبعة انصار السنة المحمدية ١٩٣٨ م جـ ٤ ، ص ٣٤ .

وربيعة بن عبد الرحمن وآخرين .

ففي المذهب المالكي جاء في مواهب الجليل قال في كتاب الشفعه من المدونه " ولا شفعة بالجوار والملاصقه في سكة أو غيرها "(١)

وقال ابن رشد " قال أهل المدينه لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم"(٢)

وفي المذهب الشافعي قال الخطيب في شرحه على المنهاج " ولا شفعة الا لشريك في رقبه العقار فلاتثبت للجار لخبر البخاري"(٣)

وجاء في تكملة المجموع بعد أن أثبتها للشريك نصه " فاما الجار والمقاسم فلاشفعة لهما "(٤)

وفي المذهب الحنبلي " قال ابن قدامه في معرض تعداده شروط الشفعه " ولا تثبت " أي الشفعه " الا بشروط اربعه : احدها : أن يكون الملك مشاعا غير مقسوم فاما الجار فلاشفعة له "(٥)

---

(١) الحطاب ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٣١١ - ٣١٢ .
(٢) ابن رشد ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٢٧٨ .
(٣) الشربيني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٢٩٨ .
(٤) المطيعي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٤ ، ص ١٣٢ .
(٥) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٠ .

وجاء في كتاب شرائع الاسلام للشيعة " فلاتثبت للجار بالجوار "[1]

وجاء في البحر الزخار من كتب الشيعة : ان لا شفعة للجار ذهب الى ذلك الامامية "[2] .

القول الثاني : يثبت الشفعة للجار على شرط انتفاء من هو احق بها منه كالخليط في المبيع او في حقوقه وبه قال اصحاب الراى وابو حنيفة وابن ابى ليلى وابن سيرين وابن شبرمه والثورى والعترة وهو مذهب على بن ابى طالب[3]

قال في الهداية من كتب الحنفية مانصه " الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار " .

فافاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد منهما وافاد الترتيب ثم علل صاحب هذا الكتاب ان ثبوت حق الشفعة لكل واحد منهما للاحاديث الواردة في ذلك وقال ان الترتيب لقول الرسول عليه السلام " الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع "[4] فالشريك

---

(١) الهذلى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ٣ ، ص ٢٥٥ .

(٢) المرتضى ، احمد بن يحيى ، كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ، الطبعة الثانية ، بيروت ١٣٦٤ - ١٦٧٥ م جـ٥ ، ص ٨٤٠ .

(٣) السباعى ، شرف الدين الحسين بن احمد ، الروض النضير شرح مجموع الفقه الاكبر ، الطبعة الثانية - ١٣٨٨ هـ الناشر مكتبة المؤيد الطائف جـ ٣ ، ص ٦٣٢ .

(٤) الرشدانى ، برهان الدين ابى الحسن على بن ابى بكر بن عبد الجليل الهداية ، الطبعة الاخيرة ، مصر ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى جـ٤ ، ص ٢٤ .

في نفس المبيع والخليط في حقوقه والشفيع هو الجار"

أقول قال الزيعلي في نصب الرايه عن هذا الحديث بقوله قلت غريب وذكره ابن الجوزي في التحقيق وقال انه حديث لا يعرف[1]

ويمكن ان يقال روعي الترتيب من اجل قوة السبب فيقدم الاقوى فالاقوى فضرر الشريك في المبيع اقوى من ضرر الشريك في الحقوق وضرر الشريك في الحقوق اقوى من ضرر الجار وضرر الجار اقوى من ضرر الاجنبي وقال العلامة احمد شلبي على شرح كنز الدقائق ـ قال الشيخ ابوالحسن الكرخي في مختصره " الشفعة تستحق عند اصحابنا جميعا بثلاثة معان بالشركة فيما وقع عليه عقد البيع او بالشركة في حقوق ذلك او بالجوار"[2]

ومثل ذلك قال الامام السرخسي" والشفعة عندنا على مراتب يقدم الشريك فيها في نفس المبيع ثم الشريك في حقوق المبيع بعده ثم الجار الملاصق بعدهما"[3] وفي المذهب الشيعي جاء في الروض النضير مانصه عن العترة " القول بصحة شفعته (اي الجار) هو مذهب علي بن ابي طالب عليه السلام كما ثبت عنه بماعرفته من الاسانيد التي مجموعها يفيد ثبوت الرواية عنه ، فيرجح بها على ماروي عنه بخلافه وقال به العترة وابوحنيفة "[4]

---

(١) الزيلعي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٤ ، ص ١٧٦ .

(٢) الشلبي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٤٠ .

(٣) السرخسي ، شمس الدين ، المبسوط ، الطبعة الثانية ، بيروت ـ دار المعرفة للنشر ، جـ ١٤ ، ص ٩٥ .

(٤) السياغي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٣ ، ص ٦٣٢ .

اقول تقدم أن قلنا ان مذهب على عليه السلام ان الشفعه لاتستحق الا للشريك وهذا يناقضه الا ان صاحب الروض النضير بعد أن ذكر ثبوتها للجار اورد روايات القائلين بثبوت الشفعه للشريك الى ان قال ولا يستحقها الا الخليط وهو فى كتب المذهب وغيرها عن على عليه السلام .

القول الثالث : وهو القول الوسط . يثبت الشفعه للجار بشرط الاشتراك في حقوق الملك كالطريق والشرب ونحو ذلك . ذهب الى هذا القول كل من الظاهرية وابن تميمه رحمه الله وابن القيم وبعض الفقهاء ، ونحوه نقل عن الفقيه ابراهيم حثيث احد شيوخ المذهب الشيعي [1] وهذا القول منسوب الى الامام احمد بن حنبل رحمه الله فى رواية عنه [2] . اما الشريك في المنافع الخاصه بدون جوار فقد قال بالشفعه فيه كل من الاحناف والقاضيان سوار بن عبيد الله ، والعنبرى .

ففى المذهب الظاهرى قال ابن حزم فى كتابه المحلى " والشفعه واجبه وان كانت الاجزاء مقسومه اذا كان الطريق اليها واحدا متملكا نافذا أو غير نافذ لهم فان قسم الطريق او كان نافذ غير متملك لهم فلا شفعة حينئذ كان ملاصقا أو لم يكن [3] .

---

(١) السباعى ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٣ ، ص ٦٣٢ .

جاء فى الروض النضير ، مانصه " ولذا قال بعضهم أنهم رجعوا بالجوار الى خلطه خاصه هى الاشتراك فى جزء من المبيع ثم قال ونحوه نقل عن الفقيه ابراهيم حثيث احد شيوخ المذهب" .

(٢) المرداوى ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٦ ، ص ٢٥٥ .

(٣) ابن حزم ، المصدر المذكور آنفا ، ج ١٠ ، ص ٣٣ .

وقال شيخ الاسلام ابن تيميه رحمه الله في الفتاوى " وقد تنازع الناس في شفعة الجار على ثلاثة أقوال اعدلها هذا القول انه اذا كان شريكا في حقوق الملك تثبت له الشفعة والا فلا "(١)

وقال ابن القيم رحمه الله . والصواب القول الوسط الجامع بين الادلة الذى لا يحتمل سواه وهو قول البصريين وغيرهم من فقهاء الحديث - ان كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الاملاك من طريق او ماء او نحو ذلك ثبتت الشفعة وان لم يكن بينهما حق مشترك بل كان كل واحد منهما متميزا ملكه وحقوق ملكه فلا شفعة(٢)

وقال في المجموع من كتب الشافعية " واما الطريق المشترك في درب - مملوك ينظر فيه فان كان ضيقا اذا قسم لم يصب كل واحد منهم طريقا يدخل فيه الى ملكه فلاشفعة فيه وان كان واسعا نظرت فان كان للدار المبيعة طريق آخر وجبت الشفعة في الطريق لانه ارض مشتركة تحتمل القسمة ولا ضرر على احد في اخذه بالشفعة فاشبه غير الطريق - وان لم يكن للدار غير طريق غيره ففيه ثلاثة اوجه .

احدها - لا شفعة فيه لانا لو اثبتنا الشفعة فيه اضررنا بالمشترى لانه يبقى ملكه بغير طريق والضرر لا يزال بضرر "

---

(١) ابن تيميه ، احمد ، مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيميه ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد النجدى - الطبعة الاولى ، الرياض مطابع الرياض ١٣٨٣ هـ ، ج ٣٠ ، ص ٣٨٣ .

(٢) ابن القيم ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٢ ، ص ١٤٩ .

الثاني : تثبت الشفعة لانه ارض تحتمل القسمة فتثبت فيها الشفعة كغير الطريق .

والثالث : انه ان امكن الشفيع المشتري من دخول الدار ثبتت له الشفعة وان لم يمكنه فلاشفعة لانه مع التمكين دفع الضرر من غير اضرار ولا يمكن مع عدم التمكين الا بالاضرار (١)

اما رواية الامام احمد رحمه الله فقد ذكرها المارودي في كتابه الانصاف قائلا بعد ان ذكر هذا المذهب - وهو ظاهر كلام الامام احمد رحمه الله في رواية ابي طالب وقد ساله عن الشفعة فقال اذا كان طريقهما واحدا لم يقتسموا فاذا صرفت الطرق وعرفت الحدود فلاشفعة وهذا هو الذي اختاره الحارثي . . . . . . وذكر ظاهر كلام احمد المتقدم ثم قال وهذا هو الصحيح الذي يتعين المصير اليه ثم ذكر ادلته (٢)

اقول رواية احمد هذه فيها بعض الغموض فهي غير صريحة على هذا المذهب - فهي ليست كما نسبت اليه - فهو قد قال " اذا كان طريقهما واحدا " فالى هنا يستقيم الكلام على راي القول الثالث ولكن يشكل عليه قوله " لم يقتسموا فاذا صرفت الطرق وعرفت الحدود فلاشفعة" وقوله هذا هو نص الرواية الاولى والصحيحة عنه والتي وافق فيها راي الجمهور والله اعلم .

---

(١) المطيعي المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٤ ، ص ١٣٢ - ١٣٣ .

(٢) المرداوي ، المصدر المذكور أنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٥٥ .

مما تقدم من النصوص الفقهية يتبين لنا ان الشفعة لاتثبت للجار عند جمهور الفقهاء وتثبت له عند الاحناف ومن وافقهم اذا لم يوجد من هو احق منه على نحو ماسبق وتثبت له ايضا عند الظاهرية وابن تيميه وبعض الفقهاء اذا كان شريكا مع جاره في حقوق المبيع واليك مستند كل منهما .

الادلـــــة

ادلة المانعين :

استدل القائلون بعدم ثبوت الشفعة للجار بالمنقول والمعقول

أولا : المنقول - وهو :

١ - مارواه البخاري عن الزهري عن ابي سلمة ابن عبد الرحمن عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه " قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة "[1]

٢ - ومارواه ابوداود عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قسمت الارض وحددت فلاشفعة فيها "[2] وفي رواية " اذا قسمت الدار " وروى ابن ماجه عن مالك عن الزهري عن سعيد

---

(١) البخاري ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٣ ، ص ١١٤ .

(٢) ابوداود ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٢ ، ص ٢٥٦ .

بن المسيب وابى سلمة عن ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم " قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلاشفعة"(١)

وجه الدلالة من الاحاديث السابقة .

انه اذا وضعت الحدود واقيمت العلامات بين الاقسام اصبحت الحصص متجاورة واذا اصبحت متجاورة فقد انتفت الشركة ومتى انتفت الشركة انتفت الشفعة . لان الجار والشريك فى الحقوق حق كل منهما بين ومقسوم .

٣ ـ واستدلوا ايضا بمارواه مسلم عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الشفعة فى كل شرك فى ارض او ربع او حائط لا يصلح ان يبيع حتى يعرض على شريكه فياخذ او يدع فان ابى فشريكه احق به حتى يؤذنه"(٢)

دل هذا الحديث على ثبوت الشفعة فى الشىء المشترك ونفيها عن غير

---

(١) جاء فى سنن ابن ماجه مانصه " قال ابوعاصم سعيد بن المسيب مرسل وابوسلمة عن ابى هريرة متصل فى الزوائد : هذا اسناد صحيح على شرط البخارى والحديث قد جاء من حديث جابرفى البخارى وغيره . ابن ماجه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٨٣٤ .

(٢) النيسابورى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٥٧ .

المشترك ومن ذلك المقسوم المحدود كالجار فلاشفعة له لانه بعد القسمة يصير جارا لا شريكا .

فان الـ ـ الالف واللام فى الشفعة اما للجنس او للعهد ولا معهود هنا فتكون للجنس فيقتضى ان جنس الشفعة فى المشترك خاصة ولا شفعة فى غيره .

٤ ـ وما رواه ابوداود وابن ماجه واحمد عن جابر رضى الله عنه قال " انما جعل النبى صلى الله عليه وسلم الشفعة فى كل مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة "(١)

وجه الدلالة من هذا الحديث : انه حصر الشفعة على مالم يقسم " بانما " وهى تدل على القصر ـ والمعنى على ذلك هو ان الشفعة تكون فيما لم يقسم اما ما قسم فلاشفعة فيه لان الشفعة شرعت لدفع ضرر القسمة وهى منتفية هنا .

٥ ـ واستدلوا ايضا بمارواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن

---

(١) أبو داود ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٢٥٦ .
ابن ماجه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٨٣٥ .
الزيعلى ، جمال الدين ابى محمد عبد الله بن يوسف ، نصب الراية لاحاديث الهداية ، الطبعة الاولى ، مصر ، مطبعة المأمون جـ ٤ ، ص ١٧٥ .

المسيب وعن ابى سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم " قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه " (١) قال : مالك وعلى ذلك السنة التى لا اختلاف فيها عندنا .

٦ - وما رواه الترمذى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال : قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم " اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " (٢)

ثم قال : الترمذى فيه هذا حديث حسن صحيح ، وقال : وقد رواه بعضهم مرسلا عن ابى سلمة عن النبى صلى الله عليه وسلم ثم قال والعمل على هذا عند بعض اهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كعمر بن الخطاب رضى الله عنه وعثمان بن عفان رضى الله عنه .

وهناك بعض الأحاديث بهذا المعنى الا اننا نكتفى بهذا القدر من

---

(١) الباجى ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٦ ، ص ١٩٩ .

(٢) الترمذى ، محمد بن عيسى ، سنن الترمذى ، تحقيق فؤاد عبد الباقى ، الطبعة الثانية ، مصر ، مطبعة مصطفى الحلبى ج ٢ ، ص ٤١٢ .

المسيب وعن ابى سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم " قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء " فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه " قال مالك وعلى تلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا (١)

٦ - وما روى عن مالك عن ابن شهاب الزهرى عن سعيد بن المسيب ان النبى صلى الله عليه وسلم قال " الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة"

هذا الحديث وان كان مرسلا فمرسل سعيد بن المسيب عند الشافعي حسن ثم قد رواه مسندا عن مطرف بن مازن عن معمر عن الزهرى عن ابى سلمة عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة"

٧ - واستدلوا ايضا بما ذكره سعيد بن منصور باسناده الى عبيد الله بن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضى الله عنهم قال " اذا صرفت الحدود وعرف الناس حدودهم فلا شفعة بينهم " (٢)

وهناك بعض الاحاديث بهذا المعنى الا اننا نكتفى بهذا القدر من

---

(١) الباجي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ١٩٦ .

(٢) الشوكاني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٧٦ .

الزيلعي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٤ ، ص ١٥٠ .

الادلة .

فهذه الاحاديث السابقة الذكر قد تظافرت على عدم ثبوت الشفعة في المقسوم واثباتها فيما لم يقسم فهي تحصر الشفعة للشريك الذي لم يقاسم وتنفيها عما سواه لان كلمة " انما " في الحديث لاثبات المذكور ونفي ماعداه .

ثانيا : المعقول :

استدل اصحاب هذا الراي بالمعقول وقالو بعد ايراد الادلة النقلية ولان الشفعة انما ثبتت للشريك لانه ربما دخل عليه شريك سيء الاخلاق فيتاذى منه فتدعوه الحاجة الى مقاسمته او يطلب الداخل المقاسمة فيحصل الضرر على الشريك القديم فينقص قيمة ملكه ومايحتاج الى احداثه من المرافق ومن التعديل والتغيير المفضي الى التقاسم .
وهذا المعنى لايوجد في الجوار . قال ابن قدامه في كتابه المغني "ولأن الشفعة تثبت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلاتثبت فيه ، وبيان انتفاء المعنى المعدوم هو ان الشريك ربما دخل عليه شريك فيتاذى منه فيضطر الى مقاسمته او يطالب الاجنبي المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه ومايحتاج الى احداثه من المرافق وهذا لايوجد في المقسوم[1]

---

(١) ابن قدامه بالمصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٠ - ٢٣١

وقالوا ان حالة الشريك تختلف عن حالة الجار في مدى حقوق كل منهما فان للشريك على شريكه حق مطالبته بالقسمة ، وحق منعه من التصرف في المال المشترك وذلك ثبت له حق استحقاق الملك اذا بيع لغيره ، أما الجار فليس له شيء من ذلك من قبل جاره .

وقالوا ايضا والحكمة من ثبوت الشفعة للشريك هي تجنب مضار القسمة التي قد تؤدي اليها مضايقة الشريك الجديد ولذلك منح هذا الحق للتخلص منها بانتزاع المبيع على وجه لا يضر بالبائع ولا يضر بالمشتري ولا تطبق هذه الحكمة على حالة الجار فليس لجار حق يصح اساسا للشفعة ولا تتوافر بالنسبة اليه الحكمة منها .

واذا كان الشارع يقصد رفع الضرر عن الجار فهو ايضا يقصد رفعه عن المشتري ولا يجب ان تكون مصلحة الاول مسوغه للاضرار بالثاني ، فانه محتاج الى دار يسكنها هو واسرته ، فاذا سلط الجار على اخراجه وانتزاع داره منه اضر به ضررا بينا فان اي دار يشتريها ولها جار فحاله معه هكذا وتطلبه دارا لا جار لها كالمتعذر عليه بل كالمتعسر ، فكان من تمام حكمة الشارع ان اسقط الشفعة بوقوع الحدود وتصريف الطرق لئلا يضر الناس بعضهم بعضا بخلاف الشريك فان المشترى يمكنه ان يحصل بسهولة على دار لا شركة فيها فضلا عن انه لا يمكنه الانتفاع بما اشتراه استقلالا فان الارض مقسومة محدودة بينما الشريك يمكنه ذلك بضم الحصة المشفوعة الى ملكه فليس على المشتري ضرر في انتزاعها منه واعطائه الثمن الذي اشتراها به .[1]

---

(١) ابن القيم (المصدر المذكور آنفا) ج ٢ ، ص ١٤٨

(المناقشـــــــــــة)

مناقشة القائلين بثبوت الشفعة للجار لادلة النافـــــين لها

ناقش الاحناف ادلة القائلين بحصر الشفعة للشريك الذى لم يقاسم بمايلى

اولا : قالوا ان قوله فى الحديث " فاذا وقعت الحدود وصرفت الطـــرق فلاشفعة " كلام مدرج من كلام جابر رضى الله عنه لا من كلام الرسول صلى الله عليه وسلم فلايصلح للاستدلال لان الحجة فى كلام الرسول عليـــــه السلام لا فى كلام غيره .

ويدل على الادراج امران :

الاول : ماقاله ابوحاتم ان قوله " اذا وقعت الحدود الخ مدرج مـــن قول جابر رضى الله عنه [1] وابو حاتم امام فى هذا الفن فلو لم يثبـــت الادراج عنده لما اقدم على الحكم به .

الثانى : عدم اخراج مسلم لتلك الزيادة دليل على ادراجها فـــى حديث البخارى .

ثانيهما : ان حديث جابر المذكور قيد نفى الشفعة عن غير الشريـــك بقيدين -١- وقوع الحدود -٢- وتصريف الطرق .

والمقيد بقيدين لا يوجد مع فقدان احدهما - فالحديث الذى استدل به النافون للشفعة يفيد انه اذا وقعت الحدود وبقيت الطرق مشتركة لـم تنتف الشفعة وعلى هذا يكون مفيدا نفى الشفعة عن الجار الملاصق دون

---

(١) ابن حجر ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٤٢

الجار الذى له شركة فى حقوق المبيع[1] .

ثالثهما : قالوا ان هذا الحديث مؤول وتأويله فاذا وقعت الحدود فتباينت وصرفت الطرق فتباعدت فلاشفعة بالقسمة وكان الموضع موضع اشكال لان فى القسمة معنى المبادلة فربمايشكل انه هل يستحق بها الشفعة.[2] فبين الرسول أنه قد يستحق الشفعة بالقسمة .

رابعهما : ان الاستدلال بحديث جابر فى الرواية الاخرى ماالفظه " انما جعل النبى صلى الله عليه وسلم الشفعة . . . الخ " مردود لان " انما " فى الحديث المذكور تقتضي تاكيد الحصر لانفى غير المذكور كما فى قوله تعالى " انما انت منذر " فهى للاثبات بطريق الكمال دون نفيه كما تقول " انما الكريم زيد " اى الكامل فى الكرم البشرى زيد ولم يرد به نفى الكرم عن غيره(وانما)فى هذا الحديث تحتمل ذلك لان الشريك فى الملك كامل فى سبب الشفعة ولذا قدم على غيره ـ فيجوز ان يكون المراد الشفعة للشريك بطريق الكمال دون نفيها عن غيره[3] " ومع وجود هذا الاحتمال لا يتم بهذا الحديث الاستدلال .

خامسهما : ا ـ قالوا حجتنا فى ذلك ماروينا من الاخبار ولا يعارضها مارويتم من احاديث بل فيها بيان ان للشريك الشفعة ونحن نقول بـــه

---

(١) الكاسانى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٦٨٣ .

(٢) السرخسى، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٤ ، ص ٩٦ .

(٣) قاضى زاده ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٧ ، ص ٤١٢ .

وتخصيص الشيء بالذكر عندنا لا يدل على ان الحكم فيما عداه بخلاف.

ب - وقالوا ومما يدعم قولنا ان ملك الجار متصل بالملك المبيع اتصال تأبيد وقرار فيتبين له حق الاخذ بالشفعة كالشريك (١)

ثم قالوا واما القول بان الشفعة شرعت للشريك لدفع ضرر المقاسمة فغير مسلم به لان مشروعيتها لرفع الضرر مطلقا سواء كان الضرر ناتجا عن المقاسمة ام عن الاشتراك وتخصيص الشفعة برفع ضرر معين دون غيره من الاضرار تخصيص يحتاج الى ما يسنده شرعا . فالمنقول فيه ضرر من جهة القسمة ولم تقولوا بالشفعة فيه .

وأجيب عن هذه الاعتراضات بما يلي :

اولا : بالنسبة لدعوى الادراج التي اثارها الخصم فالجواب عليها من وجهين :

الاول : الاصل ان كل ماذكر في الحديث فهو منه حتى يثبت الادراج .
والدليل على عدم ثبوت الادراج ورود حديث ابي هريرة بنفس اللفظ الذي اعتبروه ادراجا فورود الزيادة في حديث اخر يدل على عدم ادراجها ويدل على انها من كلام الرسول صلى الله عليه وسلم لا من كلام الصحابي هذا ومن جهة اخرى فان ابا حاتم قد رجح رفعها وانها من كلام الرسول صلى الله عليه وسلم.

---

(١) قاضي زاده ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٧ ، ص ٤١٢ .

قال الامام ابن حجر في فتح الباري مانصه " وقد نقل صالح بن احمد عن ابيه انه رجح رفعها"(١)

الثاني : ان الاقتصار على بعض الحديث لا يدل على نفي ماعداه.

كما لا يلزم من عدم اخراج مسلم لهذه الزيادة انها مدرجة فكثير من الائمة قد يقتصر على ذكر بعض الحديث وزيادة الثقة مقبولة لاسيما وقد اخرجها مثل البخاري على ان معنى هذه الزيادة التي ادعى اهل القول الثاني ادراجها هو معنى قوله " من كل مالم يقسم " ولا تعارض بين مفهوم مالم يقسم ومنطوق فاذا صرفت الطرق فلاشفعة " لانه لا يوجد بينهما تفاوت الا بكون دلالة احدهما على هذا المعنى بالمنطوق والاخر بالمفهوم.(٢)

ثانيا : اما بالنسبة للقول بان حديث جابر قيد نفي الشفعة بقيدين فالجواب عنه من وجهين ايضا :

الاول : ان من الرواة من اختصر اللفظين ومنهم من جود الحديث فذكرهما ، ولا يكون ١ - اسقاط من اسقط احد اللفظين مبطلا لحكم اللفظ الاخر. ٢ - ان تصريف الطرق داخل في وقوع الحدود فان

---

(١) ابن حجر ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٤٢.

(٢) الشوكاني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٣٧٢.

الطرق اذا كانت مشتركة لم تكن الحدود كلها واقعة بل بعضها حاصل وبعضها منتف، فوقوع الحدود من كل وجه يستلزم او يتضمن تصريف الطرق والله اعلم.

ادلة المثبتين لشفعة الجوار

استدل القائلون بشفعة الجوار بالمنقول والمعقول

أولا المنقول :

١ - وهو مارواه ابوداود عن ابراهيم بن ميسرة سمع عمرو بن الشريد سمع ابا رافع انه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول :
" الجار احق بصقبه "(١)

٢ - وماروه ابن ماجه والنسائي واحمد عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن الشريد عن ابيه قال قلت يارسول الله " أرض ليس فيها لاحد قسم ولا شرك الا الجوار ؟" قال الجار احق بسقبه "(٢)

---

(١) ابوداود بالمصدر المذكور آنفا، ج ٢، ص ٧٨٦.

(٢) ابن ماجه محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مصر، دار احياء الكتب العربية، ج ٢، ص ٨٣٢
النسائي، عبد الرحمن بن شعيب، سنن النسائي، الطبعة الاولى، مصر، مطبعة ومكتبة مصطفى الحلبي، ج ٧، ص ٢٨٢.

وجه الدلالة :

هذا الحديث قد روى بالسين وبالصاد ، والمراد القرب ، او الاخذ والانتزاع ، يعنى لما جعل الشرع الشفيع احق بالاخذ بالشفعة بعد البيع فهو احق بالعرض عليه قبل البيع ايضا ، وهو ان الشفعة تستحق بالجوار فانه ذكر اسما مشتقا من معنى ، والحكم متى علق باسم مشتق فذلك المعنى الموجب للحكم خصوصا اذا كان مؤثر فيه كما فى قوله تعالى (الزانية والزانى) وقوله تعالى (والسارق والسارقة) وهذا المعنى مؤثر لان الاخذ بالشفعة لدفع الضرر فان الضرر مدفوع لقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام " وذلك متحقق بالمجاورة يعنى الضرر البادئ الى سوء المجاورة على الدوام من حيث اعلاء الجدار وايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار"(1)

٣ - واستدلوا بما رواه البخارى عن عمرو بن الشريد قال وقفت على سعد بن ابى وقاص فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على احدى منكبى اذ جاء ابو رافع مولى النبى صلى الله عليه وسلم فقال ياسعد ابتع منى بيتى فى دارك فقال سعد : والله ما ابتاعهما فقال المسور لتبتاعنهما فقال سعد والله لا ازيدك على اربعة الاف منجمة او مقطعة قال ابورافع لقد اعطيت خمسمائة دينار ولولا انى سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول " الجار احق بسقبه ما اعطيتكها باربعة آلاف وانا اعطى بها

---

(١) السرخسى ، المصدر المذكور آنفا ، ج ١٤ ، ص ٩٠ .

خمسمائة دينار فاعطاها اياه.[1]

وجه الاستدلال من هذا الحديث :

على ان من اراد بيع ملكه فانه ينبغي له ان يعرضه على جاره لمراعاة حق المجاورة ، لانه اقرب الى حسن العشرة ، والتحرز عن الخصومة والمنازعة فلهذا فعله سعد رضي الله عنه وحط عنه نصف الثمن لتحقيق هذا المعنى[2]

٦ - واستدلوا بما روي عن عيسى بن يونس عن سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن الحسن بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " وجار الدار احق بالدار " اخرجه الترمذي قال ابوعيسى : حديث سمرة حسن صحيح[3]

---

(١) البخاري ، المصدر المذكور آنفا ، جـ٣ ، ص ١١٤ ، ١١٥ .
العسقلاني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٣٤٤ .

(٢) السرخسي، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٤ ، ص ٦٠ .

(٣) قال الترمذي وقد روى عيسى بن يونس عن سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن انس مرفوعا عن النبي صلى الله عليه وسلم ، والصحيح عند اهل العلم.

حديث الحسن عن سمرة ، ولا نعرف حديث قتادة عن انس الا من حديث قتادة عن انس الا من حديث عيسى بن يونس - الترمذي جـ ٢ ، ص ٤١٢ .

ثانيا : المعقول :

والدليل من المعقول لثبوت شفعة الجوار ، ان الشارع الحكيم اقتضت حكمته دفع الضرر عن المكلفين ما امكن .

ولما كان الجوار قد ينشا عنه كثيراً من الضرر كما ينشا عن المشاركة فان الجار قد يسيء الى جاره غالبا ليعلى الجدار ، ويمنع الضوء ، ويتتبع المساوىء ، ويشرف على العورات ويطلع على العثرات ، ويؤذى جاره بانواع الاذى المعروف كما يشهد به الواقع الحاضر .

لذلك اثبت الشارع الحكيم له الشفعة ليدفع بها الضرر عن نفسه كما اثبتها للشريك للمعنى الذى ذكرنا ، فكل معنى اقتضى ثبوت الشفعة للشريك فمثله فى حق الجار ، فان الناس يتفاوتون فى الجوار تفاوتا فاحشا ويتاذى بعضهم ببعض ويقع بينهم من العداوة ماهو معهود فى كل زمان ، والضرر بذلك دائماً متابد كضرر الشريك ولا يندفع ذلك الا برضاء الجار ان شاء اقر الدخيل على جواره له وان شاء انتزع الملك بثمنة واستراح من مؤنة المجاورة ومفسدتها ، وان كان الجار يخاف التاذى بالمجاورة على وجه اللزوم كان الشريك يخاف التاذى بشريكه على وجه اللزوم وجب بحكم عناية الشارع ورعايته لصالح العباد إزالة الضررين جميعا على وجه لا يضر البائع ولا المشترى . .

وقد امكن ههنا فيجب القول به ولا يرد علينا المستاجر مع المالك فان منفعة الاجارة لا تتابد عادة وايضا فالملك بالاجارة ملك منفعة ولا تلازم بين ملك الجار وبين منفعة دار جاره بخلاف مسالتنا فان الضرر بسبب اتصال

الملك بالملك كما انه فى الشركة حاصل بسبب اتصال الملك بالملك .

ولان حق الشفعة بسبب الشركة ايضا انما يثبت لدفع اذى الدخيل وضرره ، وذلك متوقع الوجود عند المجاورة ، فورود الشرع هناك يكون ورودا هنا دلالة[1]

ومن المعقول ان حق الاصيل وهو الجار اسبق من حق الدخيل وهو المشترى وقد اوصى الله سبحانه وتعالى بالاحسان الى الجار فى كتابه الكريم (واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب الاية[2])

كما اوصى رسوله صلى الله عليه وسلم بذلك فى حديثه الشريف حتى علق الايمان بالله واليوم الاخر باكرام الجار .

" من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره الخ[3]

وقال صلى الله عليه وسلم :

" مازال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت سيورثه "[4]

هذا معقول النصوص لو لم ترد بالثبوت فيها فقد صرحت به .

من هذا نرى أنهم قاسوا الجار على الشريك بحجة أن العلة التى لأجلها شفع الشريك وهى دفع الضرر توجد فى الجار محققة .

وهامش ابن قيم الجوزية ... ج ٢ ص ١٤٦ .

(١) الكاسانى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٦٨٤ .

(٢) قرآن كريم ، سورة النساء آية ٣٦ .

(٣) البخارى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٨ ، ص ٣٦ .

(٤) النيسابورى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٤ ، ص ٢٠٥ .

((المناقشـــــة))

ناقش القائلون بنفي الشفعة عن الجار ادلة الاحناف ومن وافقهم بمايلي

اولا : ا ـ قالوا حديث ابي رافع ليس بصريح في الشفعة فان الصقب بالسين وبالصاد معناه القرب قال الشاعر :ـ

كوفية نازح محلتهـــا لاأُمم دارها ولا صقب

فيحتمل انه اراد بالصقب المذكور في الحديث الاحسان الـى جاره وصلته وعيادته ونحو ذلك(1) ويحتمل انه محمول على انـه احق بالفناء الذى بينه وبين الجار ممن ليس بجار او يكـــون مرتفقا به .

ب ـ وقالو : ان هذا الحديث قد ابهم الحق ولم يصرح به ، فلـم يجز ان يحمل على العموم ، والحديث اذا تطرق اليه الاحتمال سقط به الاستدلال .

ثانيا : ا ـ قالوا : حديث " ليس لأحد فيه شرك ولا قسم . . . الخ " فيـه عمرو بن شعيب ، وقد اختلف الائمة في حجيته هذا من ناحية .

ب ـ ومن ناحية اخرى فانه لا متعلق لهم به لانه ليس فيه الا الجـار احق بصقبه وليس فيه للشفعة ذكر ولا اثر(2)

---

(1) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٣٢١ .
البهوتي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٤ ، ص ١٣٨ .
الشوكاني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٣٧٦ .

(2) ابن حزم ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٠ ، ص ٤٢ .

ثالثا : ا ـ قالوا : حديث سمرة " جار الدار احق بالدار " ليس فيه ذكر الشفعة فيحتمل ان يكون اراد بالاحقية الشفعة، ويحتمل ان يكون المراد تعهده بالاحسان والبر بسبب قرب داره، وهذا الحديث ليس نصا في الدلالة على ثبوت الشفعة للجار.

ب ـ فضلا عن ان في سند هذا الحديث مقال فانه يرويه الحسن عن سمرة واهل الحديث اختلفوا في لقاء الحسن له ومن اثبت لقاءه اياه قال انه لم يرو عنه الا حديث العقيقة.

قال المنذرى : " اختلف الائمة في سماع الحسن عن سمرة والاكثر على انه لم يسمع منه الا حديث العقيقه."

وقال ابن حبان في صحيحه " انما ورد في الجار الذى يكون شريكا دون الجار الذى ليس بشريك"

رابعا : قالوا : خبرنا صحيح صريح مقدم، وبقية الاحاديث في اسانيدها مقال.

قال ابن المنذر : " الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث جابر الذى رويناه، وماعداه من الاحاديث فيها مقال"(١)

خامسا : ا ـ قالوا : يحتمل ان المراد بالجار في الاحاديث المذكورة التى استدل بها الخصم هو الجار الاخص المخالط وهو الشريك، فانه جار ايضا لان اسم الجوار يختص بالقرب، والشريك اقرب من اللصيق فكان احق باسم الجوار(٢)

---

(١) ابن قدامه، المصدر المذكور آنفا، جـ ٥، ص ٣٢١.
(٢) البهوتى، المصدر المذكور آنفا، جـ ٤، ص ١١٨.

بـ وقالوا : ان الشريك سمي جارا بناء على ان ابارافع كان شريك سعد في البيتين ولذلك دعاه الى الشراء منه .

وبناء على ماسبق بيانه يتبين حمل احاديث الجوار على مثل مادلت عليه احاديث الشركة فيكون لفظ " الجار " مرادا به الشريك ، ووجه هـــذا الاطلاق المعنى والاستعمال .

اما المعنى : فان كل جزء من ملك الشريك مجاور لملك صاحبه فهمـــا جاران حقيقة .

واما الاستعمال : فانهما خليطان متجاوران ولهذا يسمى كل مـــن الزوجين جارا .

قال الشاعر :

اجارتنا بيني فانك طالقة   كذلك امور الناس عاد وطارقه .

قال الاعشى : وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما في الزوج .

قال حمل بن مالك : كنت بين جارتين لي فضربت احداهما الاخـــرى بمسطح فقتلتها وجنينها .

وهذا يمكن في تاويل حديث ابي رافع السابق .

قال ابن قدامه اذا ثبت هذا فلافرق بين كون الطريق مفردة او مشتركة[1]

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص٢٣٤ .

((ادلة المذهب الثالث))

استدل اصحاب هذا القول بالمنقول والمعقول

اما المنقول فهو ما رواه الخمسة الا النسائى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال " الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا "(1)

وجه الدلالة من الحديث:

دل هذا الحديث بمنطوقه على ثبوت الشفعة للجار اذا كان شريكا فى من حقوق الارتفاق وما فى معناه من الشرب والمسيل وغير ذلك لوجود مناط الحكم فى الجميع وهو الجوار مع الشركة فى المرافق الخاصة فاذا وجد هذا الشرط وجدت الشفعة والا فلا، لان المشروط ينتفى بانتفاء شرطه، فاتفق هذا الحديث مع ما رواه البخارى " فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فان منطوق حديث عبد الملك يؤيد مفهوم حديث البخارى.

---

(1) الشوكانى، المصدر المذكور آنفا، جـ ٥، ص ٣٧٧، ٣٧٨.

ابو داود، المصدر المذكور آنفا، جـ ٢، ص ٢٥٦.

الترمذى، المصدر المذكور آنفا، جـ ٢، ص ٤١٢.

ابن ماجه، المصدر المذكور آنفا، جـ ٢، ص ٨٣٤.

ثانيا : واحتجوا بما رواه البخارى عن الزهرى عن ابى سلمة ابن عبد الرحمن عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة" (١)

وجه الدلالة : ان الرسول عليه السلام لم يقطعها الا باجتماع الامرين معا وقوع الحدود ، وتصريف الطرق ، لا باحدهما دون الاخر .

ثانيا : المعقول :

استدل اصحاب هذا الراى على ثبوت الشفعة للجار بشرط اشتراكه مع جاره فى المنافع الخاصة بقولهم ان القياس الصحيح يقتضى هذا ، لان الاشتراك فى الحقوق كالاشتراك فى نفس الملك فى كثرة المخالطة ، فالضرر الحاصل بالشركة فى المرافق كالضرر الحاصل بالشركة فى نفس الملك ، والشفعة شرعت لرفع ضرر الدخيل (٢) وهو فى الغالب يكون مع شدة الاختلاط وشبكة الانتفاع ويندر مع عدم ذلك .

ورفع هذا الضرر مصلحة للشريك من غير مضره على البائع ولا على المشترى .

---

(١) البخارى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ١١٤ .

(٢) ابن القيم ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ١٤٩ ، ١٥٠ .

((المناقشـــــــــــة))

ناقش النافون لشفعة الجوار مع الاشترات ادلة المثبتين بمايلي :

اعترض بعض العلماء بان حديث عبد الملك لا يصلح للاستدلال بحجة ان الترمذى روى : تكلم شعبة فى عبد الملك من اجل هذا الحديث وقال وكيع عنه لو ان عبد الملك روى حديثا اخر مثل حديث الشفعة لطرحت حديثه وكذلك قال يحيى القطان[1] وقال المنذرى فى (مختصره) قال الشافعى ابو الزبير ولا يعارض حديثهما بحديث عبد الملك وقال يحيى ابن معين هو " حديث لم يحدث به الا عبد الملك فأنكر الناس عليه ولكنه ثقة صدوق[2] وقال الترمذى " سألت محمداً بن اسماعيل البخارى عن هذا الحديث فقال لا اعلم احدا رواه عن عطاء غير عبد الملك تفرد به ويروى عن جابر خلافه انتهى كلامه[3]

دفـــع هذا الـــــرد

ويجاب عن ذلك ان عبد الملك هذا حافظ ثقة صدوق ولم يتعرض له احد بجرح البته ، واثنى عليه ائمة زمانه ومن بعدهم[4]

---

(١) ابن القيم ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ١٤٤ - ١٤٥ .

(٢) الزيلعى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٤ ، ص ١٧٣ - ١٧٤ .

(٣) ابن القيم ، المصدر نفسه ، جـ ٢ ، ص ١٤٥ .

(٤) ابن القيم ، المصدر نفسه ، جـ ٢ ، ص ١٤٥ .

وطعن شعبه في عبد الملك بسبب هذا الحديث لا يقدح فيه فانه ثقة وشعبه لم يكن من الحذاق في الفقة ليجمع بين الاحاديث اذا ظهر تعارضها ، وانما كان حافظا ، وغير شعبه انما طعن فيه تبعا لشعبه[1] ثم ان الترمذى قال فيه " حديث حسن غريب ، وقال ولا نعلم احدا روى هذا الحديث غير عبد الملك بن ابى سليمان عن عطاء عن جابر ، وقد تكلم شعبه فى عبد الملك من اجل هذا الحديث ، وعبد الملك ثقة مامون عند اهل الحديث لا نعلم احدا تكلم فيه غير شعبه من اجل هذا الحديث ، وقد روى وكيع عن شعبه عن عبد الملك بن ابى سليمان هذا الحديث ، وروى ابن المبارك عن سفيان الثورى قال عبد الملك بن ابى سليمان ميزان يعنى فى العلم[2] قال ابن حجر فى تهذيب التهذيب مانصه " قال ابن مهدي كان شعبة يعجب من حفظ عبد الملك بن ابى سليمان وقال عثمان الدارمي قلت لابن معين أعطاء أحب اليك أو عبد الملك بن ابى سليمان أو ابن جريج قال كلاهما ثقة ، قال ابن عيينه عن الثورى حدثني الميزان عبد الملك بن ابى سليمان وقال الخطيب اساء شعبه حيث حدث عن محمد بن عبد الله العرزمى وترك التحديث عن عبد الملك ابن ابى سليمان ، فان العرزمى لم يختلف اهل

---

(١) الزيلعى ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٤ ، ص ١٧٤ .

(٢) الترمذى ، المصدر المذكور آنفا ، ج ١٢ ، ص ٢١٢ .

(٣) تهذيب التهذيب لابن حجر ، الطبعة الأولى ، الهند ، مطبعة دائرة المعارف النظامية ، ج ٦ ، ص ٣٩٨ .

الاثر في سقوط روايته ، وعبد الملك ثـ نا ءهم عليه مستفيض[1] وقال ابوزعه سمعت احمد ويحيى يقولان عبد الملك بن ابي سليمان ثقة ، وقال ابن عمار الموصلي ثقة حجة ، وقال العجلي ثقة ثبت في الحديث ، وقال يعقوب حدثنا ابونعيم حدثنا سفيان عن عبد الملك بن ابي سليمان ثقة متقن فقيه ، وقال النسائي ثقة وكذلك قال الترمذي ، وقد ذكره ابن حبان في الثقات[2] وقد احتج بعبد الملك مسلم في صحيحه واستشهد له البخاري[3].

~~ولحديث سمرة الذي صححه الترمذي فجابر ثالث ثلاثة في هذا الحديث ابي رافع، وسمرة ، وجابر فاي مطعن على عبد الملك في رواية حديث قد رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة .~~

وقد قال في نصب الراية نقلا عن صاحب التنقيح " واعلم ان حديث عبد الملك بن ابي سليمان حديث صحيح ولا منافاة بينه وبين رواية جابر المشهورة وهي " الشفعة في كل مالم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة" فان حديث عبد الملك اذا كان طريقهما واحدا.

وحديث جابر المشهور لم ينف فيه استحقاق الشفعة الا بشرط تصرف الطرق فيقول اذا اشترك الجاران في المنافع كالبئر او السطح او الطريق فالجار

---

(١) ابن القيم، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ١٤٥ .

(٢) ابن حجر، تهذيب التهذيب، جـ ٦ ، ص ٣٩٨ .

(٣) ابن القيم، شمس الدين ابي عبد الله محمد بن ابي بكر، عون المعبود شرح سنن ابو داود ، جـ ٩ ، ص ٤٢٢ .
الشوكاني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٣٧٦ .

احق بصقب جاره لحديث عبد الملك واذا لم يشتركا في شيء من المنافع فلاشفعة لحديث جابر المشهور [(١)]

فالذين رووا حديث عبد الملك ظنوا انه معارض لحديث جابر الذي رواه ابوسلمة عنه " الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة "

وفي الحقيقة لاتعارض بينهما كما ذكر صاحب التنقيح لان منطوق حديث ابي سلمة هو انتفاء الشفعة عند تمييز الحدود وتصريف الطرق واختصاص كل ذي ملك بطريق ، ومنطوق حديث عبد الملك اثبات الشفعة بالجوار عند الاشتراك في الطريق او في اي منفعة ، ومفهومه انتفاء الشفعة عند تصريف الطرق .

اذا مفهومه موافق لمنطوق حديث ابي سلمة وابي الزبير ، ومنطوقه غير معارض له وهذا واضح بين والله اعلم [(٢)]

فاحاديث جابر على هذا منطوقها ومفهومها ... ويزول عنها التضاد والاختلاف ومن هنا يعلم ان عبد الملك لم يرو مايخالف رواية غيره .

---

(١) الزيلعي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٤ ، ص ١٧٤ .

(٢) ابن القيم ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٩ ، ص ٤٢٥ .

والخلاصه ان الاقوال هنا ثلاثه :-

قول يسقط شفعة الجوار مطلقا

وقول يثبتها مطلقا .

وقول يتوسط ويثبتها اذا كان الجار

شريكا في حق من حقوق الارتفاق

كالاشتراك في الطريق وما في معناه .

والناظر في ادلة الفريق الاول والثاني يجد ان ادلة

كل منهما تقريبا صحيحه من ناحيه الثبوت ، الا ان كلا

من الفريقين يؤول ادلة الفريق الآخر بما يتفق ويتناسب

مع رايه . فراى الجمهور قد ضيق من هذا الحق مستندا

في ذلك بما ثبت لديه من ادله .

وراى الحنفيه قد توسع في ثبوت هذا الحق مستندا

في ذلك الى ما ثبت لديه من ادله .

وراى اهل البصره توسط بين الفريقين فلم يقصر الشفعة على

الشريك فقط ، ولم ينفها عن الجار مطلقا بل اخذ

من كل شيء اعدله .

ويظهر ان الراجح والله اعلم هو القول الثالث لما ياتي :

اولا :- الاحاديث التي استدل بها على نفي

الشفعه عن غير الشريك غاية ما فيها بيان ان للشريك
شفعة وهذا محل اتفاق بين الجميع ، ولم تدل على
نفي الشفعه عن غير الشريك الا بطريق المفهوم ،
ودلالة المفهوم لا تقاوم ماصح من احاديث الجوار التي
دلالتها بطريق المنطوق ، واذا تعارض منطوق ومفهوم
قدم المنطوق .

واما احاديث شفعة الجوار بدون اشتراك في المنافع الخاصه
فهي عامة لكل جار واما احاديث عبد الملك فهو خاص
بما اذا كان الجار شريكا في منفعة خاصه كالطريق وغيره
وهذا الحديث صحيح الاسناد . فقد اثنى الائمة على عبد الملك
ولم يتكلموا فيه الا من اجل ظن المعارضه بين حديثه
وحديثي ابي سلمه وابي الزبير (قضى رسول الله صلى
الله عليه وسلم بالشفعه في كل ما لم يقسم فاذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق فلا شفعه) . وفي الحقيقه لا تعارض
بينهما فان منطوق حديث عبد الملك هو مفهوم حديث ابي
سلمه ، وابي الزبير ، ومفهوم حديثهما هو منطوق حديث
عبد الملك . فحديث جابر الذى رواه عبد الملك صريح في
هذا الراى فانه قال : الجار احق بسقبه ينتظر به ...

وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا"

فهذا الحديث اثبت الشفعة بالجوار مع اتحاد الطريق ، ونفاها مع اختلاف الطريق في الرواية الاخرى بقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" ، كما ان حديث جابر لم ينف استحقاق الشفعة الا بشرط تصريف الطرق ، فيقول اذا اشترك الجاران في المنافع كالبئر والسطح والطريق والماء فالجار احق بسقب جاره لحديث عبد الملك ، واذا لم يشتركا في شيء من المنافع فلا شفعة لحديث جابر الذي رواه ابو سلمة ، فاحدهما يصدق الآخر ويوافقه ولا يعارضه ولا يناقضه كما ان جابر هو الذي روى اللفظين للحديثين ، فالذي دل عليه حديث ابي سلمة من اسقاط الشفعة عند تصريف الطرق وتمييز الحدود هو بعينه الذي دل عليه حديث عبد الملك عن عطاء عن جابر بمفهومه والذي دل عليه حديث عبد الملك بمنطوقه هو الذي دلت عليه سائر احاديث جابر بمفهومها .

كما ان حديث ابي رافع الذي رواه البخاري والذي استدل به القائلون بشفعة الجوار يدل على مثل ما دل عليه حديث عبد الملك فانه دل على الاخذ بالشفعة بالجوار حالة الشركة في الطريق فان البيتين كانا في نفس دار سعد والطريق واحد بلا ريب .

وحديث جابر الذي رواه البخاري يدل على ان الجار المشترك مع غيره في المرافق لا يصير مقاسما مقاسمة كلية بل هو شريك لجاره في بعض حقوق ملكه ، واذا كان طريقهما واحدا لم تكن

الحدود كلها واقعة بل بعضها حاصل وبعضها منتف ، اذ وقوع الحدود من كل وجه لا يستلزم او يتضمن تصريف الطرق .
فتوافقت السنن بفضل الله ورحمته وزال عنها مايظن بها من تعارض ، فاذا علم انه لم يتكلم فى عهد الملك الا من اجل ظن التعارض ، وقد بان ان لاتعارض ، فيحمل العام وهى احاديث شفعة الجوار على الخاص وهو حديث عبد الملك ، كما هو معروف عند علماء الاصول ، وتكون الشفعة انما هى للشريك فى عين العقار المبيع ، وللجار اذا كان شريكا فى المنافع الخاصة كالشرب ، والطريق ، وبذلك تجتمع الأدلة ويزول عنها التعارض .

والقياس الصحيح يقتضى هذا القول لانه لو اخذنا بشفعة الجوار (مطلقا) لاصبح الناس فى حرج من جراء ذلك ، لانه ينبغى للداخل ان يشترى دارا ليس لها جار حتى لا يلحق الضرر بذلك الجار ، والحصول على دار لا جار لها كالمتعذر بل كالمتعسر .

ومما يؤيد هذا القول المعنى الذى وجبت من اجله الشفعة ، وهو رفع الضرر ، والضرر انما يحصل فى الاغلب مع المخالطة فى الشيء المملوك او فى طريقه

ولا غرر على جار لم يشارك في اصل ولا طريق الا نادرا واعتبار النادر يستلزم ثبوت الشفعة للجار مع عدم الملاصقة ، ولا قائل بذلك ، والشارع الحكيم انما يعلق الأحكام بالأمور الغالبة .

قال الشوكاني " وعلى فرض ان الجار لغة لا يطلق الا على من كان ملاصقا غير مشارك ينبغي تقييد الجوار باتحاد الطريق ، ومقتضاه ان لا تثبت الشفعة بمجرد الجوار وهو الحق[1]"

قال ابن القيم " هذا المذهب أوسط المذاهب واجمعها للادلة ، ومن تأمل أحاديث الجوار رآها صريحة في هذا وتبين له بطلان حملها على الشريك وعلى حق الجوار غير الشفعة اهـ[2]

ولهذا ولذاك وللجمع بين الأحاديث والسنن وللتوفيق بين الاراء فاني ارى ترجيح القول الوسط الجامع بين الأدلة وهو قول البصريين وغيرهم من الفقهاء ان كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك من طريق او ماء او نحو ذلك ثبتت الشفعة وان لم يكن بينهما حق مشترك بل كل واحد منهما ملكه وحقوق ملكه متميز فلا شفعة . وقد نسب هذا القول الى الامام احمد بن حنبل رضي الله

(١) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٣٦٧ .
(٢) ابن القيم ، اعلام الموقعين ج ٢ ص ١٢١

عنه فقد سئل عن الشفعة لمن هي ؟ فقال اذا كان طريقهما واحد فاذا صرفت الطرق وعرفت الحدود فلا شفعة واليه ذهب الظاهرية وهو قول عمر بن عبد العزيز وقال احمد بن حنبل في رواية ابن مشيش اهل البصرة يقولون اذا كان الطريق واحدا كان بينهم الشفعة مثل دارنا هذه على معنى حديث جابر الذي يحدثه عبد الملك .

فهو رأي يجمع بين الاحاديث وهذا هو الصواب ان شاء الله وهو اوسط المذاهب واجمعها للادلة واقربها للعدل ، وبه قال من المتأخرين شيخ الاسلام ابن تيمية ، وابن القيم وكثير من الباحثين استحسنه وبه نقول ، وقد وافق هذا الاختيار الفتوى الشرعية التي اصدرتها المملكة العربية السعودية بثبوت الشفعة للجار اذا كان شريكا في حق من حقوق الملك[1] على نحو ما قدمنا .

(١) رقم الفتوى ٤٤ وتاريخ ١٢/٤/١٣٩٦هـ الصادرة من المملكة العربية السعودية عن ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد .

المبحث الرابع

تعدد الشفعاء

المطلب الاول

تعدد الشفعاء من طبقه واحده

تمهيد :

اذا تعدد الشفعاء ، فاما ان يختلف سبب الشفعه واما ان يتحد .

اذن لتعدد الشفعاء حالتان .

الحاله الاولى :-

أن يكون الشفعاء من طبقه واحده باتحادهم في سبب الاستحقاق بالشفعه ، كأن يكونوا شركاء فقط أو جيراناً فقط .

الحاله الثانيه :-

أن يكون الشفعاء من طبقات مختلفه باختلافهم في سبب الاستحقاق بالشفعه ، كأن يكون بعضهم شريكا في عين المبيع وبعضهم شريكا في حق من حقوق المبيع وبعضهم جارا ملاصقا .

واليك الكلام عن كل من هاتين الحالتين بالتفصيل .

الحالة الاولى

* تعدد الشفعاء من طبقة واحدة *

اذا تعدد من تثبت له الشفعه وكان السبب متحدا كان يكونوا شركاء فقط او جيرانا فقط ، كان لكل واحد من الشركاء حق الشفعه ، ويوزع عليهم المشفوع وذلك باتفاق العلماء ، كما اتفقوا على انه يوزع عليهم بالتساوى اذا تساوت حصصهم التى يشفعون بها ، فان تنازل بعضهم وعفا عن شفعته لم يكن للباقين الا اخذ الكل او الترك .

جاء فى المغنى لابن قدامه مانصه " قال ابن المنذر اجمع من احفظ عنه من اهل العلم على هذا" (1) .

يعنى على ما ذكر انفا .

لان فى اخذ البعض من الصفقه المشفوعة اضراراً بالمشترى بتفريق الصفقه عليه والضرر لا يزال بالضرر (٢)

ولان الشفعة انما شرعت لدفع اذى الدخيل وضرره ، ولا يندفع ذلك الا باخذ الكل

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٣٧٢ .

(٢) الطيعى المصدر المذكور انفا ، جـ ١٤ ، ص ١٤٣ .

هذا وبعد اتفاقهم على توزيع المشفوع فيه عليهم بالتساوي اذا تساوت حصصهم التي يشفعون بها، اختلفوا في كيفية توزيع المشفوع فيه، اذا تفاوتت حصصهم التي يشفعون بها على قولين :-

القول الاول :

يقسم الشقص المشفوع فيه على عدد الشفعاء ولا ينظر الى قدر الحصص والأملاك ، وبه قال الشعبي وابراهيم النخعي ، وابو حنيفه وابن ابي ليلى وابن شبرمة والثوري ، والظاهرية ، وهو رواية عن الإمام احمد اختارها ابن عقيل ، واحد قولي الشافعي اختاره المزني .

جاء في الهداية من كتب الحنفيه" واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الأملاك"(١)

وقال الامام الزيلعي في تبيين الحقائق" وتقسم على عدد الرؤوس"(٢) .

وجاء في المحلى من كتب الظاهريه" ومن باع شقصا وله شركاء لأحدهم مائة سهم ولآخر عشرون ، ولآخر عشر العشر او اقل او اكثر فكلهم سواء في الأخذ بالشفعة ويقتسمون ما اخذوا بالسواء ولا معنى لتفاضل حصصهم"(٣).

---

(١) المرغيناني ، المصدر المذكور انفا ، جـ ٤ ، ص٢٥ .

(٢) الزيلعي ، تبيين الحقائق ، جـ ٥ ، ص ١٤١ .

(٣) ابن حزم ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٠ ، ص ٣٢ .

وجاء في المغني من كتب الحنابلة بعد ان ذكر الرواية التي عليها المذهب ، ذكر الرواية الاخرى فقال : " وعن احمد رواية ثانية : انه يقسم بينهم على عدد رؤوسهم اختارها ابن عقيل " (١).

وجاء في تكملة المجموع مانصه " فان كانت حصة بعضهم اكثر ففيه قولان (احدها) انه يقسم الشقص بينهم على عدد الرؤس وهو قول المزني " (٢).

القول الثاني :-

يقسم الشقص المشفوع فيه على قدر الحصص والانصبة التي يشفعون بها ، ذهب الى هذا القول المالكية ، والشافعية ، والحنابلة .

قال ابن رشد في بداية المجتهد ونهاية المقتصد مانصه "فان مالكا والشافعي وجمهور اهل المدينة يقولون : ان المشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم فمن كان نصيبه من اصل المال الثلث مثلا اخذ من الشقص بثلث الثمن وهكذا " (٣).

وقال في تكملة المجموع مانصه " والثاني (اي الرواية الثانية) انه يقسم بينهم على قدر الانصباء " (٤).

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور انفا ، جـ ٥ ، ص ٢٧٠ .
(٢) الطيعي ، المصدر المذكور انفا ، جـ ١٤ ، ص ١٥٨ .
(٣) ابن رشد ، المصدر المذكور انفا ، جـ ٢ ، ص ٢٨٢ .
(٤) الطيعي ، المصدر المذكور انفا ، جـ ١٤ ، ص ١٥٨ .

وقال ابن قدامه فى كتابه المغنى مانصه " الصحيح فى المذهب ان الشقص المشفوع اذا اخذه الشفعاء قسم بينهم على قدر املاكهم ، اختاره ابوبكر "[1]

مماتقدم من النصوص الفقهية يظهر لنا ، ان العقار اذا كان بين عدد من الشركاء وباع احدهم نصيبه فان هذا النصيب يوزع بين بقية الشركاء على قدر املاكهم على القول الثانى وعلى عدد سهامهم على القول الأول .

فمثلا اذا كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها ، وللثانى ثلثها ، وللثالث سدسها ، فباع صاحب النصف نصيبه لاجنبى واراد كل من شريكيه اخذه بالشفعة ، فان النصف المشفوع فيه يقسم بينهما نصفين على القول الأول نظرا لعدد الرؤس ، وتقسم الدار اثلاثا على القول الثانى فيعطى صاحب الثلث اثنين ، وصاحب السدس واحدا فسهام الشفعاء ثلاثة ، فالشفعة بينهم على ثلاثة وتصير الدار بينهم اثلاثا لصاحب الثلث ثلثاه ، وللآخر ثلثه ، وان باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين ارباعا ، لصاحب النصف ثلاثة ارباعه ، وللآخر ربعه ، وان باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماسا ، لصاحب النصف ثلاثة اخماسه ، وللآخر خمساه[2]

---

(1) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٦٩ .

(2) المصدر نفسه ، ص ٢٧٠ .

الأدلـــــة

ادلـة القائلين بان الشقص المشفوع فيه يوزع بين الشفعاء على عدد رؤوسهم :

استدل اصحاب هذا القول : بما قاله ابن حزم بان قول الرسول صلى الله عليه وسلم (فشريكه) تسويه بين جميع الشركاء ، ولو كان هناك مفاضلة لبينها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولم يجمل الامر.(١)

واستدلوا ايضا بان اتصال الملك سبب كامل للشفعة سواء قل الاتصال او كثر ، وكل جزء من اجزاء الاتصال علة تامة للشفعة فاذا اجتمع في حق صاحب الكثير علل كثيرة ، وفي حق صاحب القليل علل قليلة فهما متساويان في الاستحقاق كما لو جرح رجل جراحات كثيرة وجرحه آخر جراحة واحدة فمات استويا في حكم القتل .

وقالوا ايضا ان السبب لاستحقاق الشفعة هو اصل الشركة لاقدرها واصل الجوار لاقدره ، وقد استويا فيه فيستويان في الاستحقاق . والدليل على ان السبب اصل الشركة الاجماع والمعقول :-(٢)

اما دلالة الاجماع : فلأن الشفيع اذا كان واحدا باخذ كل الدار بالشفعة ، ولو كان السبب قدر الشركة لتعذر حق الاخذ بقدرها .

اما المعقول : فلأن حق الشفعة انما يثبت لدفع اذى الدخيل وضرره ، والضرر لا يندفع الا باخذ كل الدار بالشفعة فدل ان سبب الاستحقاق في الشركة هو اصل الشركة ، وقد

---

(١) ابن حزم ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٠ ، ص ٢٠ .

(٢) الكاساني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٦٨٣ - ٢٦٨٤ .

استويا فيه ، فبعد ذلك لا يخلو : اما ان ياخذ احدهما الكل دون صاحبه ، واما ان ياخذ كل واحد منهما الكل ولا سبيل الى الاول لانه ليس احدهما باولى من صاحبه ولا سبيل الى الثانى لاستحالة تملك دار واحدة فى زمان واحد من اثنين على الكمال فتنصف بينهما عملا بكمال السبب بقدر الامكان فان شل هذا جائز .

فان اجتمعوا فى السبب تساووا فى الاخذ كالبنين فى الميراث فان من هلك عن ابنين كان ميراثه بينهما نصفين لان البنوة كل واحد منهما سبب لاستحقاق كل الميراث الا انه لا يمكن اثبات الملك فى مال واحد منهما على الكمال لتضايق المحل فينصف بينهما فكذا هذا .(1)

<u>ادلة القائلين بان الشقص المشفوع فيه يوزع بين الشفعاء على قدر املاكهم .</u>

استدل اصحاب هذا القول بمايلى :

اولا : قالوا بان الشفعة حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الاملاك كاجرة الدار ، والدكان ، وثمرة البستان .(1)

ثانيا : ان الشفعة شرعت لازالة الضرر ، والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء ، فتفاوتا بتفاوت الحصص لانه انما ياتى الضرر على كل واحد منهم بقدر حصته ، فوجب ان يوزع المشفوع فيه بينهم لدفع هذا الضرر ، على تلك النسبة فان الغنم بالغرم .

---

(1) الكاسانى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٦٨٤ .

(1) ابن رشد ، المصدر المذكور انفا جـ ٢ ، ص ٢٢٥ .

ابن قدامه ، المصدر المذكور انفا ، جـ ٥ ، ص ٢٧٠ .

ونوقشت ادلة القائلين بان الشقص المشفوع فيه يوزع بين الشفعاء على عدد رؤسهم بما يلي:
بان ادلتهم تنتقض بالابن والاب او الجد او الجد مع الاخوة وبالفرسان مع الرجّالة في الغنيمة وباصحاب الديون اذا نقص ماله عن دين احدهما .

وقالوا اما قياسهم على الجراحة فهو قياس مع الفارق لأن الجراحة اتلاف والاتلاف يستوى فيه القليل والكثير كالنجاسة تلقى في مائع .

واما القياس على البنين في الميراث فهو قياس ايضا مع الفارق لان البنين تساووا في التسبب وهو البنوة فتساووا في الارث بها ، فنظيره في مسالتنا هذه تساوي الشفعاء في سهامهم واذا تساووا في السهام فلا خلاف في ان الحصة توزع بينهم بالتساوي .(1)

<u>الترجيح</u>

هذا ويظهر والله اعلم ان الراجح هو القول بتوزيع الحصة المشفوعة بين الشفعاء على قدر املاكهم لقوة دليله ، ولان الشفعة انما هي لازالة الضرر والضرر ياتي على كل واحد منهم بحسب نصيبه ، فيجب ان يوزع الشقص المشفوع فيه بين الشفعاء على حسب مايخص كل واحد منهم ، لان الغنم بالغرم . والله اعلم .

---

(1) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٧٠ .

المطلب الثانـــــــي

تـعـدد الشـفعـاء مـن طـبقـات مختلـفـة

هـذه هـي الحالة الثانية مـن مبحث تعدد الشفعاء ، وقد سبق ان تحدثنا عن الحالة الاولى وهي تعدد الشفعاء من طبقة واحدة في المطلب الاول من هذا المبحث ونبحث الان تعدد الشفعاء من طبقات مختلفة .

وطبقـات الشفعـاء هـي :-

١- طبقة الشـركـة فـي ذات المبيـع .

٢- طبـقة الشـركـة فـي حـقوق المبيع .

٣- طبـقة الجـار .

فان اختلف سبب الشفعة بان تعددت طبقات الشفعاء كان يكون بعضهم شريكا فـي عيـن المبيـع ، وبعضـهم شـريكا فـي حـق مـن حـقوق المبيـع ، وبعضهم جـارا مـلاصـقا . فـانه فـي هـذه الحـالـة يقـدم الشـريك في عين المبيـع لقـوتـه ، ثم يليـه الشـريك فـي الحقوق الخاصـه كالشـرب والطـريق ثم الجار المـلاصق .

وهـذا الترتيب عنـد الحنفيـة (١) ومـن يـقول بقولهم بتعـدد اسبـاب الشـفعة ، وهـذا يخـالـف مـا ذهـب اليـه المالكيـه والشـافعيـة والحنـابلـة فانـهم لـم يثبتـوا الشـفعـة الا لطبقة واحـدة ، وهـي طبـقة الشـركـة فـي عـين المبيـع ، امـا

---

(١) السرخسي ، المصـدر المذكـور آنـفا ، جـ ١٤ ، ص ٩٨ .

الظاهرية وابن تيمية ومن وافقهم يثبتونها للطبقتين طبقة الشركة في عين المبيع ، وطبقة الشركة في المرافق مع الجوار .

فاذا تعدد الشفعاء من طبقات مختلفة ، واراد كل منهم الأخذ بالشفعة فانه يقدم صاحب الطبقة الاولى على صاحب الطبقة الثانية ، والثانية على الثالثة .

فاذا كان هناك دار شركة بين اثنين فباع احدهما نصيبه لاجنبي وللبائع شريك في حقوق المبيع ، وجار ملاصق فان الشفعة في هذه الحالة تكون للشريك في ذات المبيع دون الشريك في المرافق ودون الجار الملاصق .

وان باع زيد من الناس داره لأجنبي وله شريك في المرافق الخاصة ، وجار كانت الشفعة حقا للشريك في المرافق دون الجار فالشريك في الملك مقدم في الاخذ بالشفعة على الشريك في المرافق وعلى الجار ، ثم الذي يليه ثم الذي يليه ان انعدم او تنازل من هو اولى منه .

قال السرخسي من علماء الحنفية " والشفعة عندنا على مراتب يقدم فيها الشريك في عين المبيع ثم الشريك في حق من حقوق المبيع بعده ثم الجار الملاصق بعدهما "(١) .

---

(١) السرخسي ، المصدر المذكور آنفا ، ج ١٤ ، ص ٩٨ .

يتضح لنا من هذا النص انه اذا اجتمعت أسباب استحقاق الشفعة يراعى فيها الترتيب فيقدم الاقوى فالاقوى ، فيقدم الشريك على الخليط ، والخليط على الجار .

ثم استدلوا على ذلك بمايلي :.

اولا : بماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الشريك احق من الخليط والخليط احق من غيره .[1]

ثانيا : ان المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو رفع ضرر الدخيل واذاه ، وسبب وصول الضرر والأذى هو الاتصال والاتصال بالشركة في عين المبيع اقوى من الاتصال بالشركة في حقوق المبيع ، والاتصال بالشركة في حقوق المبيع اقوى من الاتصال بالجوار ، والترجيح بقوة التاثير ترجيح صحيح ، فان سلم الشريك وجبت للخليط وان اجتمع خليطان يقدم الاخص على الاعم ، وان سلم الخليط وجبت للجار كما قلنا آنفا . وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وابي يوسف في ظاهر الرواية .

وروى عن ابي يوسف : انه اذا سلم الشريك وترك حقه فلاشفعة لغيره .[2]

---

(١) الزيلعي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٤ ، ص ١٧٦ .

(٢) الكاساني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٦٦٠ .

واستدل أبو حنيفه : بأن كل واحد من الاشياء الثلاثه (اتصال في الشركة بنوعيها واتصال الجوار) سبب صالح للاستحقاق الا أنه يرجح البعض على البعض لقوة في التأثير - تأثير السبب - فاذا شرك الشريك التحقت شركته بالعدم وجعلت كأنها لم تكن فيراعي الترتيب في الباقي كما لو أجتمعت الخلطه والجوار ابتدأ .

قال في الهدايه وشرحها " ونظير ذلك دين الصحه مع دين المرض فان التركه اذا لم تسع الجميع قدم دين الصحه فلو أبرأ المدين انتقلت التركه لصاحب دين المرض يستوفي دينه منهما لان سبب الاستحقاق قائم "(١)

واستدل أبو يوسف : بأن الاضعف محجوب بالاقوى كالميراث فكما أن الاخ لا ميراث له مع الابن ، ولو اسقط الابن حقه فكذلك لا شفعة للاضعف مع وجود الاقوى عند تنازله عن حقه .

- وقال - أن الحق عند البيع كان للشريك لا لغيره الا ترى أن غيره لا يملك المطالبه فاذا سلم سقط الحق أصلا(٢).

وينتصر لابي حنيفه بان القياس على الميراث في مسألتنا هذه قياس مع الفارق لان الملك في الميراث قهري فلا يسقط باسقاطه من يثبت له بخلاف الشفعه فان الملك فيها اختياري فيسقط باسقاطه من يثبت له الحق وحينئذ ينتقل الى من يليه .

---

(١) المرغيناني ، الهدايه مع تكملة شرح فتح القدير ، جـ ٧ ، ص ٤١٣ .

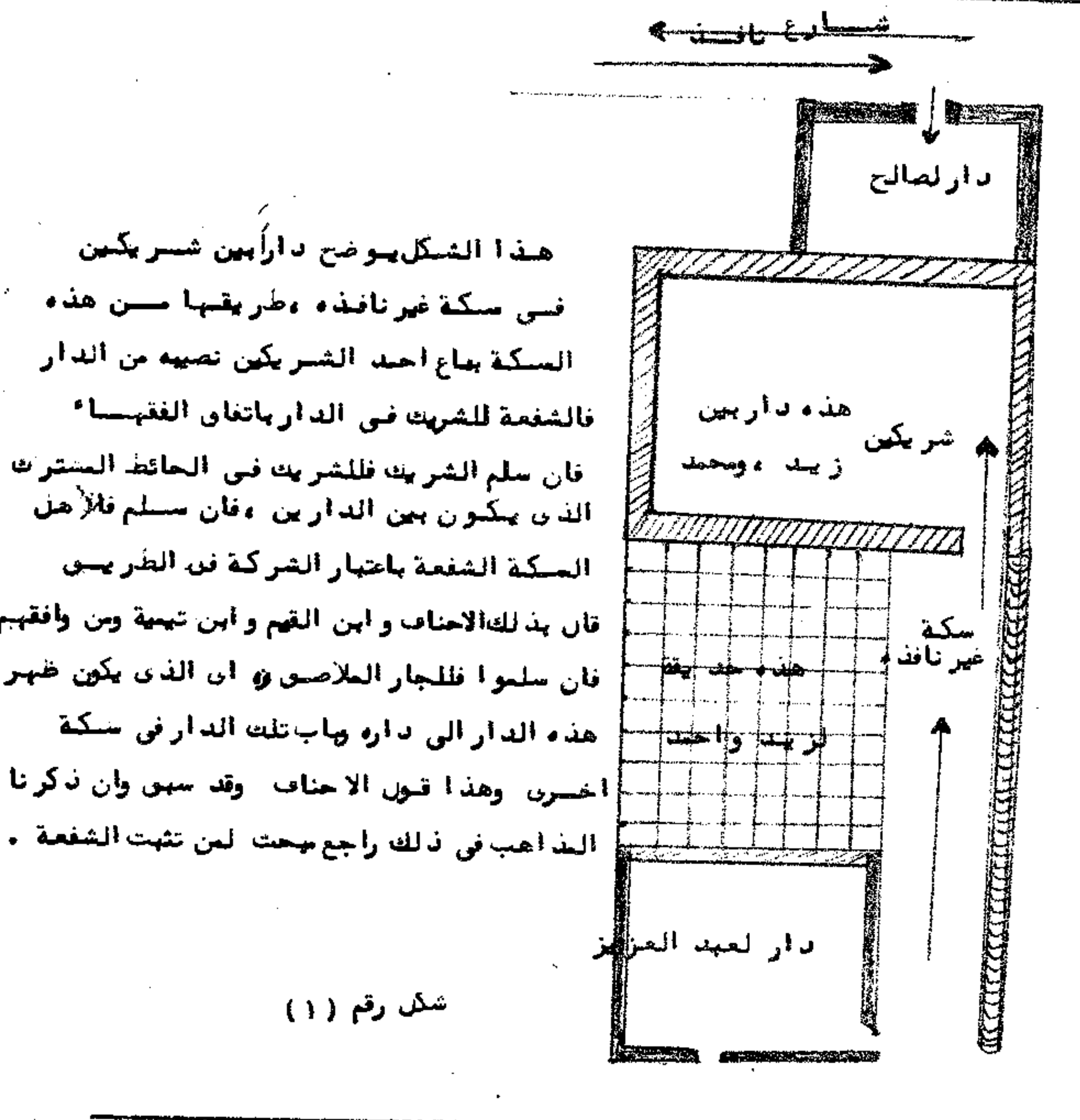
(٢) الكاساني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٦٩٠ - ٢٦٩١ .

الترجيـــــح :

ويظهـر والله اعلم أن الراجح ماذهب اليه أبوحنيفه ومن معه — لقوة دليله ولان وجود الاقوى وطلبه للشفعه مانع فقط من أخذ الذي يليه في الطبقه التاليه فتنازله كموته أو كعدمه فينتقل الحق الى من يليه في الطبقه الثانيه لرفع الضرر المقصود من شرع الشفعه متى تحقق أصل السبب وهو اتصال الملك كان موثرا لعدم المانع .

فالقول بانتقال الحق الى الطبقه الثانيه اذا ترك حق صاحب الطبقه الاولى هو قول صحيح ويتضح لك في هذا المثال استحسان هذا القول - فاذا فرضنا أن هناك دارا بين رجلين في سكة غير نافذه طريقهما من هذه السكه باع أحدهما حصته فالشفعه لشريكه لان شركته في عين الدار وشركة أهل الدرب في الحقوق فكان الشريك في عين الدار أولى بالشفعه ، فاذا سلم فالشفعه لاهل الطريق كلهم يستوى فيه الملاصق وغير الملاصق لانهم كلهم خلطاء في الطريق فان سلموا فالشفعه للجار الملاصق .

أما قول أبو يوسف فان الشريك اذا تنازل عن حقه سقطت الشفعه أصلا . ومن هنا يتبين لك أن قول أبي حنيفه هو قول معتدل والعقل يقبله والله أعلم .



هذا الشكل يوضح داراً بين شريكين في سكة غير نافذة ، طريقها من هذه السكة بباع احد الشريكين نصيبه من الدار فالشفعة للشريك في الدار باتفاق الفقهاء ، فان سلم الشريك فللشريك في الحائط المشترك الذى يكون بين الدارين ، فان سلم فلأهل السكة الشفعة باعتبار الشركة في الطريق قال بذلك الاحناف وابن القيم وابن تيمية ومن وافقهم فان سلموا فللجار الملاصق اى الذى يكون ظهر هذه الدار الى داره وباب تلك الدار في سكة اخرى وهذا قول الاحناف وقد سبق وان ذكرنا المذاهب في ذلك راجع مبحث لمن تثبت الشفعة .

شكل رقم (١)

هذا الشكل يبين بيتاً في دار في سكة غير نافذة ، والبيت لاثنين ، والدار لقوم فاذا باع احد الشريكين نصيبه من البيت فالشفعة للشريك في البيت باتفاق الفقهاء . فاذا اسلم الشريك في البيت ، فلشريك الد فان سلم فلاهل السكة فان سلموا فللجار الملاصق وهذا قول الاحناف .

شكل رقم (٢)

٧

دار لقوم فيها منازل ، بعضها شركة بين بعضهم وبعضها مفردة لبعضهم .

دار بين قوم فيها منازل لهم فيها شركة بين بعضهم ، وفيها ماهي مفردة لبعضهم أو ساحة الدار موضوعة بينهم يتطرقون من منازلهم فيها ، وباب الدار التي فيها المنازل في سكة غير نافذه ، فباع بعض الشركاء في المنزل نصيبه من شريكه او من رجل اجنبي بحقوقه من الطرق في الساحة وغيرها ،

المنازل

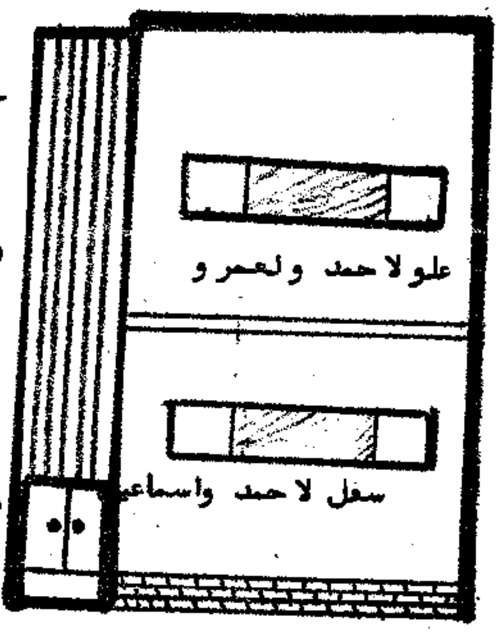
ساحة الدار

شكل رقم (٣)

فالشريك فى المنزل احق بالشفعة من الشريك فى الساحة ، ومن الشريك فى السكة التى فيها باب الدار باتفاق ، فان سلم الشريك فى المنزل الشفعة فان الشريك فى الساحة احق بالشفعة على راي الاحناف وابن تيمية وتلميذه

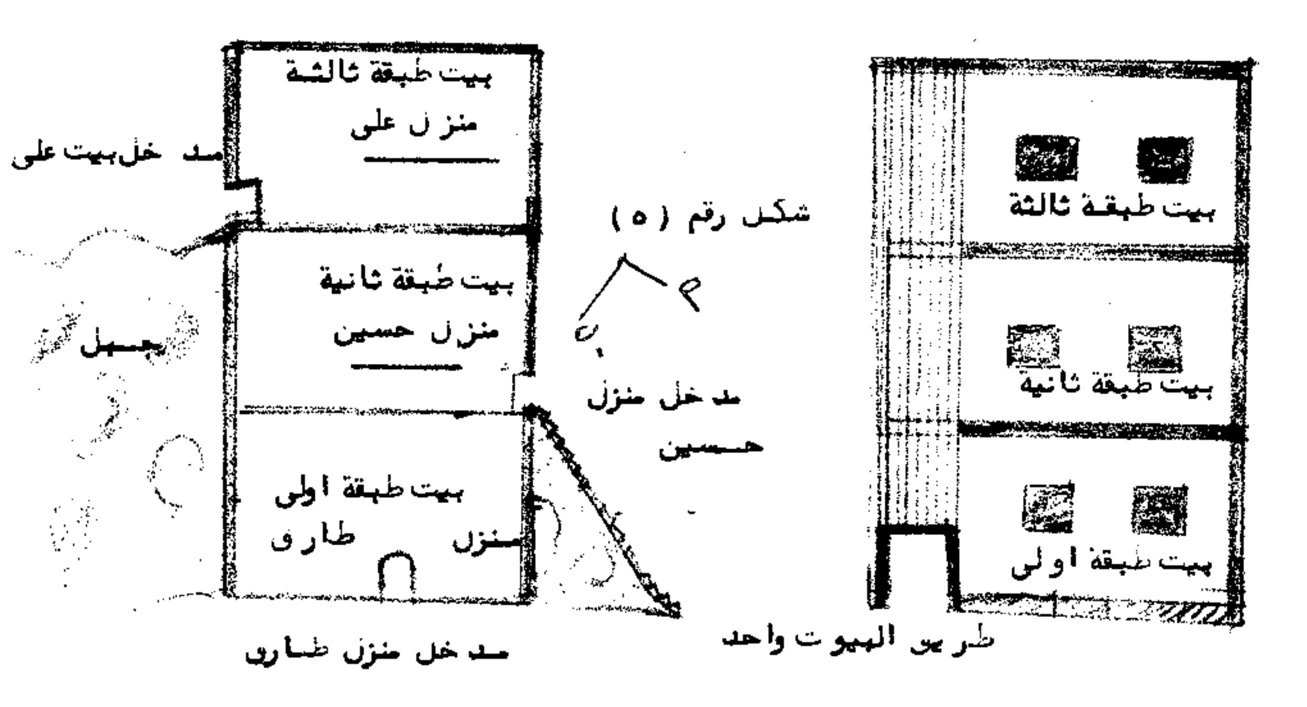
وان سلم الشريك فى الساحة فالشريك فى السكة التى لا منفذ لها التى يشرع فيها باب الدار احق بعده بالشفعة من الجار الملاصق ، وجميع اهل السكة الذين طريقهم فيها شركاء فى الشفعة فان سلم الشركاء فى السكة فالشفعة للجار الملاصق

سفل بين رجلين ، ولاحدهما عليه علو بينه وبين اخر ، فباع الذي له نصيب فى السفل والعلو نصيبه ، ولا شفعة لشريكه فى السفل فى العلو ولا شفعة فى العلو فى السفل لان شريكه فى السفل جار للعلو ، وشريكه فى حقوق العلو ، ان كان طريق العلو فيه ، وشريكه فى العلو جار للسفل او شريك فى الحقوق اذا كان طريق العلو فى تلك الدار ، فكان الشريك فى عين البقعة اولى على قول الاحناف القائلين بالترتيب الاقوى فالاقوى اى تثبت الشفعة



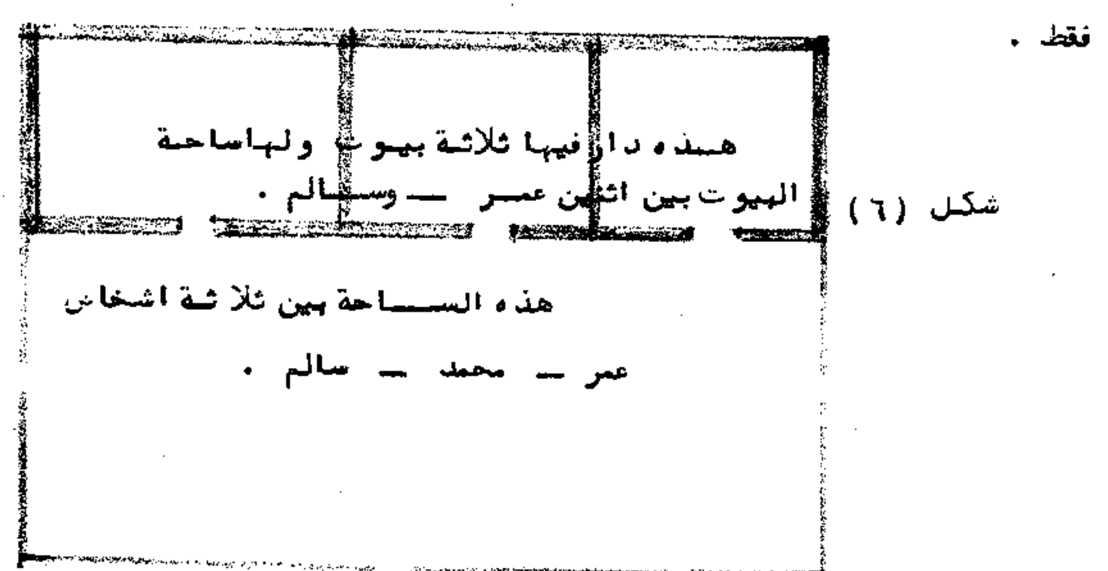
شكل رقم (٤)

عند هم للشفيع على مراتب للشريك فى عين البقعة فان عدم فللشريك فى حقوق البقعة ، فان عدم فللجار الملاصق ، اما الجمهور فالشفعة عند هم لا تثبت الا للشريك فى عين البقعة ولا شفعة لغيره اما ابن تيميه ومن وافقه فهم يثبتونها للجار الذى له شركة فى حقوق المبيع - انظر مبحث شفعة الجوار فى هذه الرساله -



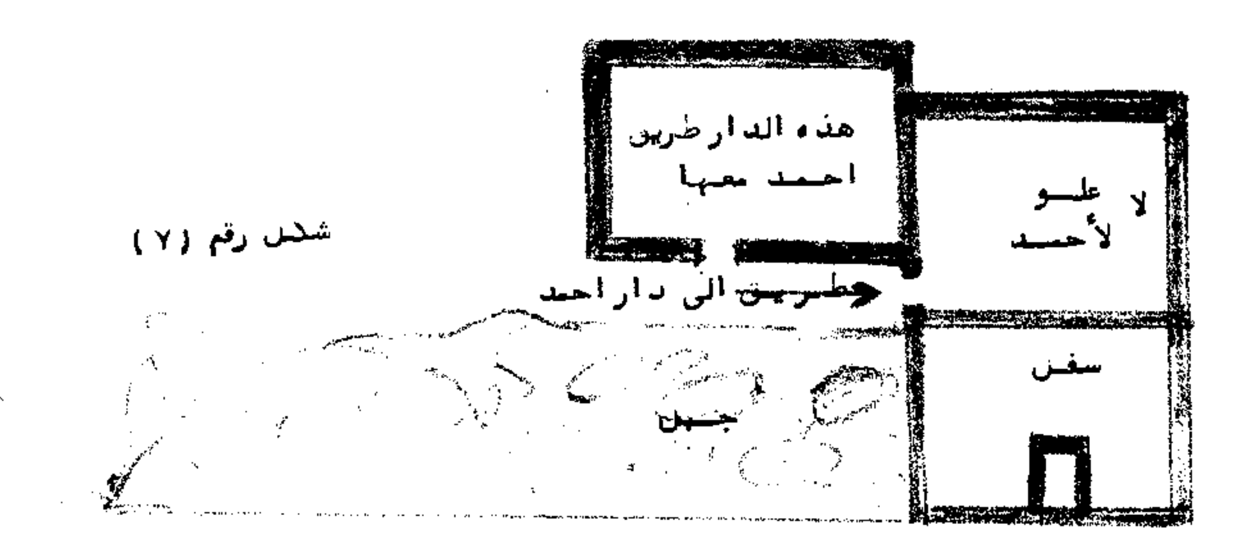
هذه ثلاثة بيوت في دار ، كل بيت فوق الاخر ، وكل بيت لانسان فاذا باع واحد منهم بيته فان كان طريق الكل في الدار كما فللباقين ان يشتركا في الشفعة هذا على راى ابن القيم وابن تيميه والاحناف اما الجمهور فلا يثبتونها الا للشريك في عين العقار .

اما اذا كانت ابواب البيوت في السكة كما في الشكل رقم(٥) فان باع حسين وهو الاوسط فللاعلى والاسفل وهما على وطارق ان ياخذا بالشفعة ، وان باع على فالاوسط وهو حسين اولى ، وان باع الاسفل وهو طارق فالاوسط وهو حسين اولى هذا على مذهب ابى حنيفة فقط .



هذا الشكل يوضح دار فيها ثلاثة بيوت ، ولها ساحة ، والساحة بين ثلاثة اشخاص والبيوت بين اثنين منهم ، فباع احد مالكى البيوت نصيبه من البيوت والساحة من شريكه فى البيوت والساحة ، فلا شفعة لشريكهما فى الساحة .

شكل رقم (٧)



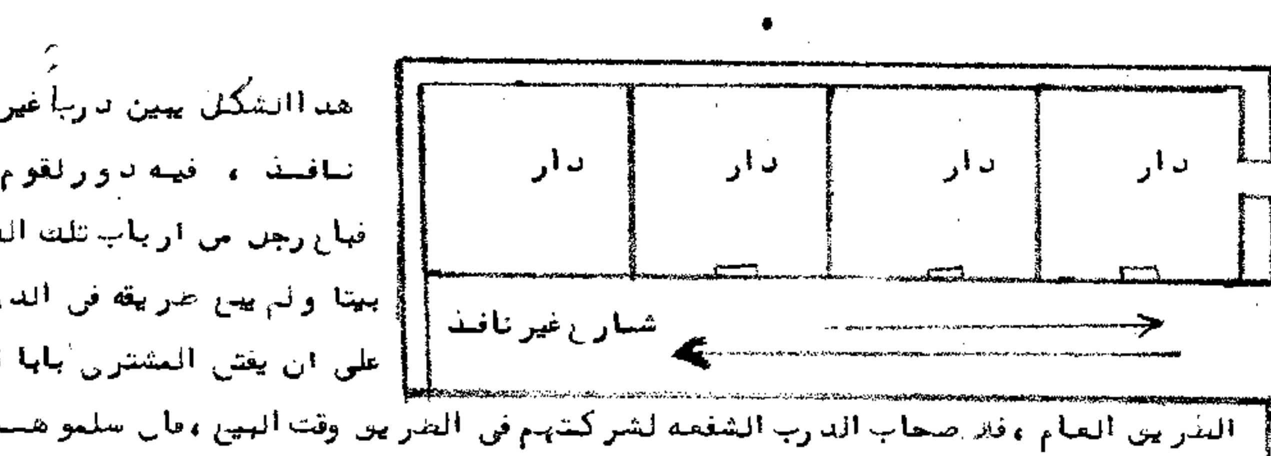
لو كان لرجل علو على دار رجل آخر ، كما يشير هذا الشكل - فبيع العلو ، فصاحب الدار التي فيها الطريق اولى بشفعة العلو من صاحب الدار التي عليها[1] فان سلم صاحب الطريق الشفعة أخذ الشفعة صاحب الدار التي عليها العلو بالجوار ، على رأي الاحناف ، ولو باع صاحب السفل السفل كان صاحب العلو شفيعا ، ولو بيعت الدار التي فيها طريق العلو فصاحب العلو الذي هو احمد كما في الشكل - احق بشفعة الدار من الجار

(١) على رأى ابن القيم لانه يثبتها

شكل رقم (٨)



دار بين رجلين لاحدهما حائط فى الدار بينه وبين رجل آخر ، يعني بارضه فباع الذي له شرك في الحائط نصيبه من الدار والحائط فالشريك في الدار احق بشفعة الدار ، ولا شفعة للشريك في الحائط في الدار وله الشفعة في الحائط وارضه باتفاق .



هذا الشكل يبين دربا غير
نافذ ، فيه دور لقوم
فباع رجل من ارباب تلك الد
بيتا ولم يبع طريقه فى الد
على ان يفتح المشترى بابا
الطريق العام ، فان اصحاب الدرب الشفعه لشركتهم فى الطريق وقت البيع ، فان سلموها
ثم باع المشترى البيت بعد ذلك فلا شفعة لاهل الدرب لانعدام شركتهم فى الطريق
وقت البيع الثانى ، فتكون الشفعة للجار الملاصق وهو صاحب الدار . على راى الاحنا

شكل رقم (١١)

نهر كبير مثل نهر النيل

ارض تشرب من النهر الكبير

ارض تشرب من النهر الصغير

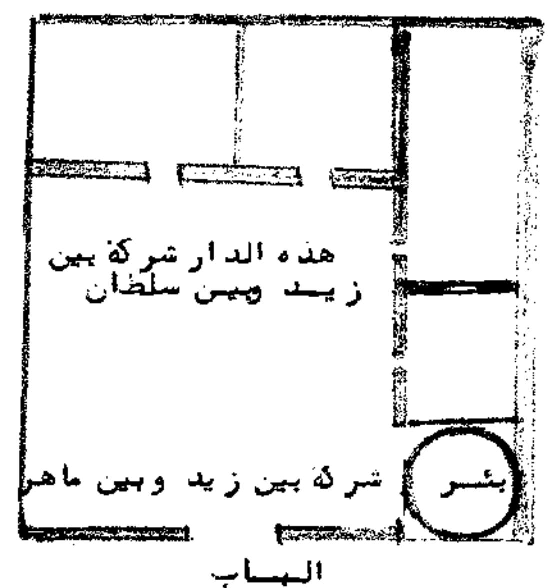
ارض تشرب من النهر الصغير

ارض تشرب من النهر الصغير

ارض تشرب من النهر الصغير

شكل رقم (١٢)

هذا الشكل يوضح
نهراً كبيراً كنهر النيل مثلا
يجرى لقوم منه نهر صغير
فصارت اراضيهم تشرب من
هذا النهر الصغير ، فباع
رجل من اهل هذا النهر
الصغير ارضه بشربها ،
كان للذين شربهم من هذا
النهر الصغير ان ياخذوا
تلك الارض بالشفعة ، اقصاهم
وادناهم فيها سواء ، فان كانت
مع الارض التى بيعت قطعة اخرى لاصقة بهذه
الارض المبيعة ، وشرب هذه القطعة من النهر
الكبير ، فالشفعة لصاحب القطعة مع الذين شربهم من النهر
الصغير .



هذه دار بين رجلين ولاحدهما فيها بئر مشترك بينه وبين آخر غير شريكه في الدار، فباعها، الشريك في الدار اولى بشفعة الدار، لانه شريك فيها، والاخر جار، والشريك في البئر اولى بالبئر، لانه شريك فيها، والاخر جار - باتفاق

شكل رقم (١١)

بيت اول

بيتثاني

بيت ثالث

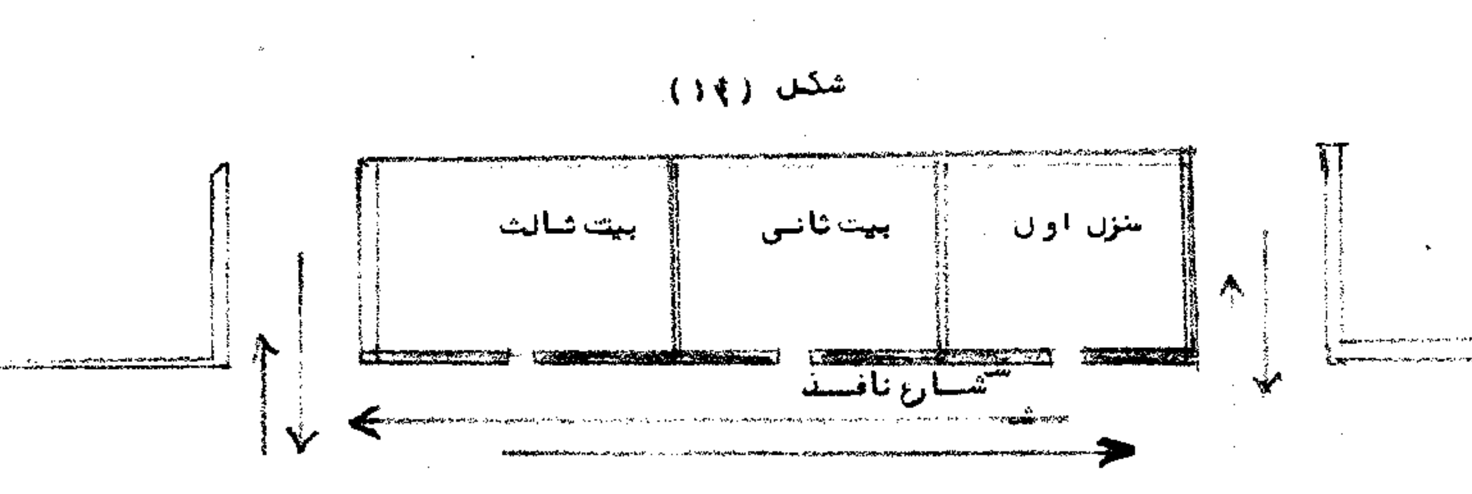
شارع مسدود مشترك بين اصحاب البيوت

شكل رقم (١٢)

دار فيها ثلاثة بيوت، بيت في اول الدار، ثم البيت الثاني بجنب هذا البيت، ثم البيت الثالث بجنب الثاني، كل بيت لرجل واحد، فباع واحد منهم بيته، فالشفعة للباقين بحكم الشركة في الطريق، كما في هذا الشكل.

اما ان كانت ابواب البيوت في شارع نافذ لا في الدار، فان بيع البيت الاوسط فالشفعة لصاحب الاعلى والاسفل، وان بيع البيت الاعلى كانت الشفعة لصاحب الاوسط، وان بيع الاسفل كانت الشفعة لصاحب الاوسط ايضا على راى الاحناف القائلين بشفعة الجوار.

شكل (١٤)



= المبحث الخامس =

* انتقال الشقص الى الغير *

((المطلب الاول))

= انتقال ماتجب فيه الشفعة الى الغير بعوض مالي =

اذا انتقل ماتجب فيه الشفعة الى الغير بعوض مالي فقد اتفق راى الفقهاء [1] على ثبوت الشفعة فيه .

ففى المذهب الحنفي جاء في البدائع للكاساني ما نصه " واما شرائط وجوب الشفعة فانواع منها عقد المعاوضة وهو البيع او ماهو في معناه " [2]

وفى المذهب المالكي جاء في التاج والاكليل لمختصر خليل مانصه قال ابن شاس وتثبت الشفعة فيما وراء ذلك من وجوه المعاوضات باى نوع كان من التمليكات بمهر وخلع وبيع واجارة وصلح من ارش جناية او قيمة متلف او دم عمد او خطا اوغير ذلك من المعاوضات " [3]

وفى المذهب الشافعي جاء في مغني المحتاج للشربيني مانصه " وانما تثبت الشفعة للشريك القديم فيما ملك بمعاوضة محضة كالبيع او غير محضة " [4]

وفى المذهب الحنبلي جاء في المغني لابن قدامه مانصه " الشرط الرابع

---

(١) الكاساني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٦٩٦ .

(٢) [illegible] ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٣١٥ .

(٣) الشربيني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٢٦٨ .

(٤) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٤ .

ان يكون شقصا منتقلا بعوض ..... الى ان قال فاما المنتقل بعوض فينقسم قسمين احدهما عوضه المال كالبيع فهذا فيه الشفعة بغير خلاف"(١)

واستدلوا على ذلك :-

١- بما رواه مسلم والنسائي وابو داود عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم " قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة او حائط لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء اخذ وان شاء ترك فان باعه ولم يؤذنه فهو احق به"(٢) .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

ان قوله " فان باعه ولم يؤذنه فهو احق به " صريح فى استحقاق الشفعة على من انتقل الملك اليه بالبيع - والبيع عقد معاوضة مالية محضة(٣)

واتفق الفقهاء ايضا على عدم ثبوت الشفعة بانتقال ما تجب فيه الى الغير بغير عقد كالميراث.

فقد جاء فى المذهب الحنفى من كتاب البدائع للكاساني مانصه " فلاتجب الشفعة فيما ليس ببيع ولا بمعنى البيع حتى لا تجب بالهبه ، والصدقة ، والميراث والوصية(٤)".

وفى المذهب المالكى جاء فى ~~مواهب الجليل للحطاب~~ التاج والإكليل لمختصر خليل مانصه " لا شفعة

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٥ ، ص ٢٢٤ - ٢٢٥ .
(٢) النيسابوري ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٥ ، ص ٥٧ .
الشوكاني ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٥ ، ص ٢٧٢ .
(٣) ابن قدامه ، المصدر نفسه ص ٢٢٥ -
(٤) الكاساني ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٦ ، ص ٢٦٩٦ .

فيما حدث ملكه بهبه لا ثواب فيها ولا في صدقة، ونقل غير واحد الاتفاق على نفي الشفعة في الميراث"[١]

وفي المذهب الشافعي جاء في مغني المحتاج مانصه " فلاتثبت الشفعة فيما ملك بغير معاوضة كارث وهبه بلاثواب، ووصية "[٢]

وفي المذهب الحنبلي جاء في المغني لابن قدامه مانصه " واما المنتقل بغير عوض كالهبه بغير ثواب، والصدقة، والوصيه ، والارث، فلاشفعة فيه في قول عامة اهل العلم"[٣]

واستدلوا على ذلك :

١ - بان الوارث لا اختيار له في انتقال الملك اليه فلا دخل له في ايذاء الشريك او الجار فلاوجه لمضارته باخذ ملكه منه جبرا عنه[٤]

٢ - وقالوا : ولان الشفيع انما يملك الشقص بمثل ماملكه به المشترى او بقيمته وهذا لم يملكه بعوض فامتنع الاخذ بالشفعة"[٥]

---

(١) الحطاب، المصدر المذكور آنفا، جـ ٥ ، ص ٣١٥ .

(٢) الشربيني ، المصدر المذكور آنفا، جـ ٢ ، ص ٢٩٨ .

(٣) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا، جـ ٥ ، ص ٢٣٤ .

(٤) نفس المصدر

(٥) الكاساني ، المصدر المذكور آنفا، جـ ٦ ، ص ٢٦٩٩ .

((المطلب الثانـــــى))

ـ انتقال الحصة الى الغير بعوض غير مالى او بغير عوض كالهبه و والوصيـــــــــــــــــــــة ـ

بعد ان تحدثنا عن انتقال الحصة الى الغير بعقد معاوضة مالية او بغير عقد كالميراث ـ يجب ان نتحدث عن انتقال الحصة الى الغير بعوض غير مالى او بغير عوض كالهبه والوصية وغير ذلك . وسوف ندرج كل منهما تحت فرع واحد .

ـ الفـــــرع الاول ـــــ

انتقال الحصة الى الغير بعوض غير مالـــــى

اما انتقال الحصة الى الغير بعوض غير مالى كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم عمد كان يكون لشخص حصة فى ارض مثلا فجعلها مهـــــرا لزوجه او ان يكون لامراة حصة فى ارض فجعلتها عوض خلع من زوجهـــا ـ فقد اختلف الفقهاء فى ذلك .

فمنهم من ذهب الى عدم ثبوت الشفعة فى ذلك وهم الاحناف ومشهـــور مذهب الحنابلة .

قال فى الهداية " ولا شفعة فى الدار التى يتزوج الرجل عليها او يخالـــع المراة بها او يستاجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب فى مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع الى ان قال او يصالح عنها بانكار لانه يحتمل انه بذل المال

افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا"[1]

وقال ابن قدامه في كتابه المغني " القسم الثاني ماانتقل بعوض غير المال نحو ان يجعل الشقص مهرا او عوضا في الخلع او في الصلح عن دم العمد - فظاهر كلام الحرقي انه لا شفعة فيه لانه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع واختيار ابن المنذر"[2]

٢ - ومن الفقهاء من ذهب الى ثبوت الشفعة في انتقال الحصة بعوض غير مالي وهم المالكية والشافعية وابن حامد من الحنابلة[3] وهو قول ابن شبرمه وابن ابي ليلى قال في المدونه قلت ارايت ان تزوجت على شقص من دار او خالعت امراتي على شقص من دار ايكون في ذلك الشفعة في قول مالك قال نعم مثل النكاح والخلع قلت فبماذا ياخذ الشفيع في الخلع والنكاح والصلح في دم العمد الشقص قال اما في النكاح والخلع فقال لي مالك ياخذ الشفيع الشقص بقيمته وارى الدم العمد مثله ياخذه بقيمته"[4] اهـ

---

(١) المرغيناني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٤ ، ص ٣٥ - ٣٦

(٢) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٢٥ .

(٣) نفس المصدر .

(٤) الاصبحي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٤٤١ .

وقال الباجي " واما ماكان عوضا لغير مال كدم العمد فللشفيع الاخذ بالشفعة بقيمة الشقص. لانه ليس له عوض من المال وانما عوضه غير مال فلما لم يكن لعوضه قيمة اخذ بقيمة نفسه وهذا ان صالحه بالشقص عن دم العمد واما لو صالحه عن الدم بمال ثم اخذ به الشقص ففي الموازية ياخذ الشفيع الشقص بماكانا اتفقا عليه من ديه معجله او مؤجله واما الشقص ينكح به او يخالع ففيه الشفعة"[1].

وقال الشربيني على قول صاحب المنهاج " وانما تثبت في ملك بمعاوضة ملكا لازما متاخرا عن ملك الشفيع كمبيع ومهر وعوض وخلع وصلح دم وراس مال سلم : قال بمعاوضة محضة كالبيع او غير محضة كالمهر اما البيع فبالنص والباقي بالقياس عليه بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر"[2]

قال في الانصاف " والوجه الثاني فيه بعد ان ذكر الوجه الاول بان ما انتقل بعوض غير مالي لا تجب فيه الشفعة قال " والوجه الثاني فيه الشفعة اختاره ابن حامد وابو الخطاب في الانتصار وابن حمدان في الرعاية الصغرى وقدمه ابن رزين في شرحه"[3]

---

(١) الباجي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٠٦ .

(٢) الشربيني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٢٩٨ .

(٣) المرداوي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٥٢ .

((الادلـــــــة))

دليل القائلين بثبوت الشفعة في الشقص المنتقل الى الغير بعوض غـــير مالي :

استدل اصحاب هذا القول على ثبوت الشفعة بانتقال ملك المشفـــوع فيه الى المشفوع عليه بعقد معاوضة غير مالية .

بان المشفوع فيه قد ملك بعقد معاوضة، فثبتت فيه الشفعة، كما تثبـــت الشفعة فيما ملك بالبيع.

ادلة القائلين بعدم ثبوت الشفعة بانتقال الشقص الى الغير بعوض غير مالـــي :

استدل اصحاب هذا القول بدليلين :

الاول : قالوا ان الشقص المشفوع فيه ملكه المشتري بغير المال اشبـــه المال الموهوب والموروث، ولا يمكن للشفيع في هذه الحالة دفـــع مثل مادفعه المشتري، لان العوض ليس بمال ، فلاتثبت الشفعة فيما عوضه ليس بمال لان ذلك كما قلنا يشبه الموهوب والموروث(١) ودفع هذا الاستدلال بان العوض وان لم يكن مالا حقيقة فهـــو مقابل بالمال ، فالمنفعة مال عند الجمهور، واما دم العمد فهـــو مقابل بالمال في الصلح ، فالشقص الماخوذ بدل دم العمـــــد ماخوذ بالمال ، والشقص الماخوذ بدل المهر في النكاح ماخـــوذ بعوض مالي ، فان منفعة البضع تقابل بالمال ، فليس اخذ الشقـــص

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٥ ، ص ٢٣٥ .

فى مقابل دم العمد ، ولا اخذ الشقص بدلا عن المهر فـــى
النكاح ماخوذا بغير عوض مالى ، بخلاف الهبة والميراث فالانتقال
فى كل منهما بلاعوض مالى ، فقياس اخذ الشقص بدل دم العمد ،
وقياس اخذ الشقص بدل المهر فى النكاح على اخذ الشقص فـى
الهبة والميراث، قياس مع الفارق فلايصح .

الثانى : قالوا ان الاخذ بالشفعة يملك بمثل ماملك به الماخوذ منـــه ،
فاذا انعدم معنى المعاوضه ، فاما ان ياخذ بالقيمة وامـــا ان
ياخذ مجانا بلاعوض.

اما الاول : فانه لاسبيل اليه ، لان الماخوذ منه لم يملكه بالقيمة
واما الثانى : فانه لاسبيل اليه ايضا ، لان الجبرعلى التبرع ليس
بمشروع فامتنع الاخذ اصلا (١)

ودفع هذا الدليل بأن قيمة الشقص تقوم مقامه ، فالمنافع تقوم شرعا كمنفعة الدار تقوم شرعا بأجرتها ، وكذلك منفعة البضع وغيرها .

((الترجيـــــــــح))

هذا والمختار عندى من القولين السالفين الذكر : هو القول الثانـــــى
القائل بثبوت الشفعة فيما انتقل الى المشفوع عليهُ بعقد معاوضة غير مالية
كالمهر فى النكاح وكبدل الصلح فى دم القتل العمد وبدل العتـــق
ونحوها من كل مانصوا عليه انه من المنافع كاجرة الدار والطبيب - لان
الشفعة انما شرعت لدفع الضرر الذى يتوقع حصوله من الشريك او الجـــار
ولا دخل لنوع العوض فى حصوله الضرر او عدم حصوله لان الضرر انما يتحقق
من نفس الشريك او الجار فتثبت الشفعة بصرف النظر عن نوع المعاوضة التى
ملك بها المشفوع عليه الشقص المشفوع فيه والله اعلم .

---

(١) نظام ، الفتاوى الهندية ، الطبعة الثانية ، مصر ، المطبعة الاميريـــة
الكبرى عام ١٣١٠ هـ ، جـ ٥ ، ص ١٦٠ .
بدائع الصنائع للكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٢٨٩٦ .

((تفريـــــــــع))

وبعد ان ذهب مالك والشافعي وابن ابي ليلى وابن شبرمه الـــــى ان الشفعةتجب بانتقال الشقص بعوض غير المال . اختلفوا بم ياخذه.(١)

فقال ابن شبرمه وابن ابي ليلى : ياخذ الشقص بقيمته ، قال القاضي : لاننا لو اوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الاجانب واضررنا بالشفيـــع ، لان مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه في العـــــــادة بخلاف البيع.

وقال الشافعي : ان كان الشقص صداقا اوعوض خلع . . . وأخـــــذه الشفيع بمهر المراة ، لانه ملك الشقص ببدل ليس له مثل . فيجب الرجـــوع الى قيمة البدل في الاخذ بالشفعة كما لو باعه بعوض.

واحتجوا على اخذه بالشفعة : بانه مملوك بعقد معاوضة فاشبه البيع.

فالاعواض المتقدمة متقومة عند من يقول بوجوب الشفعة ، فيؤخذ بقيمتهـــا عند تعذر الاخذ بمثلها ، كما في البيع بعوض، الاترى انها مضمونة بهـــا شرعا ، والضمان يكون بالقيمة ، فهذا يدل على جعله قيمة لها ، بخـــلاف الهبة بلاعوض، لتعذر الاخذ بلاعوض، اذ هو غير مشروع .

وعند الحنابلة والحنفية : ان المستحق بالعقود المتقدمة ليس بمال ولا هو مثل المال لاصورة ولا معنى ، فلم يصلح المال قيمة له ، لان قيمة الشـــيء مايقوم مقامه لاتحادهما في المقصود ، ولا اتحاد في المقصود بين المال ،

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور ، جـ ٥ ، ص ٢٣٥ .

وبين هذه الاشياء، فلاتكون قيمة لها، غير ان الشارع جعلها مضمونة بالمال اما لخطرها، او للضرورة، فلاتتعدى موضعها، لان ماثبت للضرورة يقتصر عليها، ولا ضرورة في حق ثبوت الشفعة، فلاتكون متقومة في حقه، فيكون الماخوذ في مقابلتها بمنزلة الموهوب بلاعوض، ولان الشفيع يتملك بما يتملك به المشترى من السبب لا بسبب اخر، وهنا لو اخذه كان ياخذه بسبب اخر غير الاول، لان الاول زواج او اجارة او غير ذلك، وليس ببيع اصلا، ولو اخذه لكان بيعا، وفيه انشاء تصرف غير الاول والاخذ بالشفعة لم يشرع الا بالسبب الاول .

((الفرع الثاني))

- انتقال الحصة الى المشفوع عليه بغير عوض -

اما انتقال الحصة بغير عوض كالصدقة، والهبة بغير ثواب والوصية فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة فيها على قولين :

القول الاول : ينفي ثبوت الشفعة في انتقال الحصة بغير عوض كالوصية والصدقة وبه قال من الفقهاء كل من الاحناف خلافا لزفر - والمالكية في القول المشهور عنهم والشافعية والحنابلة [1]

قال الكاساني " واما شرائط وجوب الشفعة فانواع منها عقد المعاوضة وهو البيع او ماهو في معناه فلاتجب الشفعة فيما ليس ببيع ولا بمعنى البيع

---

(١) الشربيني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٩٨ .
ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٤ .

حتى لا تجب الهبه ، والصدقة والميراث والوصية (١)

وقال ابن قدامه فى كتابه المغنى " الشرط الرابع ان يكون شقصا منتقلا بعوض واما المنتقل بغير عوض كالهبه بغير ثواب والصدقة والوصيه والارث فلاشفعة فيه فى قول عامه اهل العلم"

وقال الشربينى فى شرحه على المنهاج "فلاتثبت الشفعة فيما ملك بغير معاوضة كالرث وهبه بلاثواب ووصيه (٢)"

وقال الشيخ الدردير " فلاشفعة بمعاوضة ولو غير مالية كخلع ونكاح فان تجدد بغير معاوضة كهبة وصدقة فلاشفعة له (٣)"

وقال الباجى فى المنتقى " واما الهبة بغير ثواب فهى كالصدقة والظاهر من قول مالك انه لا شفعة له فيها (٤)"

القول الثاني : يثبت الشفعة في انتقال الشقص الى المشفوع عليه بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية . - وان الشفيع يأخذ الشقص بقيمته - والى هذا ذهب مالك رضى الله عنه فى رواية اخرى عنه وابن ابى ليلى (٥)

---

(١) الكاسانى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٦٩٦ .

(٢) الشربينى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٩٨ .

(٣) الدسوقى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٣ ، ص ٤٧٤ .

(٤) الباجى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٠٦ .

(٥) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٤ .
الباجى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٠٦ .

قال الباجى قال ابن عبد الحكم في المختصر " اختلف قول مالك فـــى الشفعة فى شقص يوهب لغير الثواب، فقال القاضي ابومحمد فى الهبـة بغير الثواب والصدقة روايتان احدهما : وجوب الشفعة . والثانيـة اسقاطها "(١)

((الادلــــة))

ادلة القائلين بعدم ثبوت الشفعة فى انتقال الشقص الي المشفوع عليـه بغير عوض كالهبه بغير الثواب والصدقة .

استدل اصحاب هذا القول بمايلى .

اولا : قالوا ان الشقص المشفوع فيه قد انتقل الي المشفوع عليه بغير عوض فهو انتقال ملك بغيرعوض وهذا الانتقال يشبه الميراث، اذ لا شفعة فيه

ثانيا : قالوا ان محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره فـى معناه لان الشفيع ياخذ الشقص من المشترى بمثل السبب الذى انتقل به اليه ولا يمكن هذا فى غير البيع.

فالشفيع ياخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفى غيره ياخذه بقيمته فافترقـا (٢)

ادلة القائلين بثبوت الشفعة في الشقص المنتقل بغير عوض

استدل اصحاب هذا القول بمايلى :

اولا : قالوا ان الشفعة ثبتت لازالة الضرر والضرر موجود فى الشركـة كيفما كان فالضرر موجود فى انتقال الشقص بعقد لا معاوضة فيه كالوصيـة

---

(١) الباجى ، المصدر المذكور آنفا جـ ٦ ، ص ٢٠٦ .

(٢) ابن قدامة ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٤ - ٢٣٥ .

والهبة .

فوجب شرع الشفعة فيما ثبت بها لدفع الضرر المتوقع حصوله والا لـــزم تخلف الحكم عن علته وذلك موجب لبطلانها .(١)

ورد هذا الاستدلال : بان العلة ليست دفع ضرر مطلق وانما هي دفع ضرر الدخيل الذى ملك المشفوع فيه بمعاوضة والا لثبتت الشفعة فـــي الموروث مع انها لا تثبت فيه اتفاقا .

ثانيا : ان الشفعة لو لم تشرع فيما انتقل فيه الملك بعقد لا معاوضة فيه

كالموصى به او الموهوب له مثلا - خوفا من حصول الضرر لشـــل الموصى له او الموهوب - لوجب الا تشرع فى المبيع منعا لحصول ضرر يلحق المشترى من باب اولى لان اقدام المشترى على الشراء وبذله العوض دليل على حاجته الى مااشتراه بخلاف الموهوب لـــه او الموصى له فاذا استحقت الشفعة على المشترى مع حاجته ولم ينظر الى اضراره ، وجب ان تستحق الشفعة على الموهوب له او الموصى له والا كان هذا ترجيحا للمرجوح .

ورد هذا الاستدلال : بان الموهوب له او الموصى له قد تكون حاجتـــه الى الشقص المشفوع فيه اعظم من حاجة المشترى اليه لان المتبرع ماتـــبرع لهما الا وقد علم حاجتهما والتى دعته الى التبرع لهما - فلاترجيـــح للمرجوح (على انه يوجد مانع قوى من استحقاق الشفعة فيما انتقل ملكه

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٤ .

بعقد لا معاوضة فيه وهو شبهه بالموروث فلا يصح قياسه على المبيع مـــع وجود هذا الفارق .)

ودفع ذلك ايضا بانه انما انتقل بغير عوض فاشبه الميراث ، لان محـــل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه ، وليس ماذكرنا فى معناه ، لان الشفيـــع ياخذه من المشترى بمثل السبب الذى انتقل به اليه ، ولا يمكن هذا فـــى غيره ولان الشفيع ياخذ الشقص بثمنه لا بقيمته ، وفى غيره ياخذه بقيمتـــه فافترقا ولا قياس مع وجود الفارق . فقه .

((الترجيـــــــح))

هذا والمختار من القولين ؛ هو القول بعدم ثبوت الشفعة فيما انتقـــل ملكه الى الغير بعقد لا معاوضة فيه وذلك لقوة دليله ، ولان المقصـــود بالعقود التى لا معاوضة فيها كالهبة بغير ثواب والصدقة . هو التـبرع ابتغاء مرضاة الله ثم العطف على من منحت اليه - لان الغالب فـــى التبرعات ان المتبرع يلاحظ نفع المتبرع له بذلك التبرع فاخذ ذلك منـــه بالشفعة فيه ضرر عظيم لا يساويه الضرر الذى يلحق الشفيع فالمصلحة هنـا للمشفوع عليه اعظم منها للشفيع والضرر فى سحبها من المشفوع عليه اعظـم من الضرر الذى يلحق الشفيع وعليه فلا تثبت فى راى وحسب توجيه الادلـة والله اعلم بالصـــــواب .

الباب الثالث

محل حق الشفعة

ويتضمن المباحث التاليه :

* الشفعة فى العقار
* الشفعة فى تابع العقار
* الشفعة فى المنقول

المبحث الاول :

الشفعه فى العقار

((التعريف بالعقار))

التعريف اللغوى : العقار هو ماله اصل وقرار مثل الارض، والمشهور ان العقار كل ملك ثابت له اصل غير منقول كالدار والنخل وفى لسان العرب هو، المنزل والارض والضياع[١]

التعريف الشرعى : اما التعريف الشرعى للعقار فقد اختلف فيه الفقهاء على قولين :

القول الاول : يرى جمهور الفقهاء ان العقار هو كل ماله اصل من دار او ضيعة[٢]

او هو الذى لا يمكن نقله وتحويله عن مكانه وهو يصدق على الارض وحدها زراعية كانت او غير زراعية وسواء اكانت فضاء ام مبنية كالدور وغيرها .

فجمهور العلماء خصوا العقار بالارض لانها التى تبقى على الدوام ويدوم ضررها والحق الحنفية بالارض العلو على السفل فقالوا انه فى معنى العقار ولما له من حق القرار على الدوام بحيث اذا هدم لزمته اعادته وهذا قول فى مذهب الشافعية والحنابلة اذا كان السقف الذى تحته لصاحب العلو.

القول الثانى : يرى المالكية ان العقار ماله اصل ثابت لايمكن نقله

---

(١) ابن منظور، المصدر المذكور آنفا، جـ ٢ ، ص ٦٧ ٥ ،

الياس ملوك ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ١٤٢٦ .

(٢) قاضى زاده ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٧ ، ص ٤٣٥ .

وتحويله من مكان لاخر مع بقاء هيئته وشكله وهو الارض ومالا ينقل بعد تغيير صورته الاصليه كالاشجار والبناء من كل ماله اصل ثابت مستقر[1]
جاء في الخرشي على مختصر خليل مانصه " والعقار هو الارض ومالتصل بها من بناء او شجر فلا يتعلق بعرض ولا بحيوان الا تبعا[1]
وجاء في بداية المجتهد ان العقار عند المالكية : هو الارض والدور والدكاكين والبساتين وماكان ثابتا على سبيل الدوام كالبئر وحمل النخل اذا كان الاصل هو الارض تثبت فيه الشفعة بحيث انه مشترك لم يقسم بعد[2]

ـ الشفعة في العقار الذى يقبل القسمة ـ

والعقار الذى يقبل القسمة : هو مايمكن قسمته مع بقاء اسمه وصفته كالحقل والدار الكبيرة التي يصيب كل واحد من المتقاسمين ـ بالقسمة ـ منها مايقع عليه اسم حقل او دار ، كما انه لا يلحق بقسمته مضرة .

---

(١) الخرشي ، ابوعبد الله محمد بن عبد الله ابن علي ، الخرشي على مختصر سيدى خليل ، دار صادر بيروت ، ج ٦ ، ص ١٦٤ .

(٢) ابن رشد ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٢٥٧ .

آراء الفقهـــاء في ذلـــك

اتفق الفقهاء[1] على ثبوت الشفعة في الارض التي تقبل القسمة بــدون فساد[2]، وعلى ما يمكن قسمته كالحمام الكبير الواسع البيوت، بحيث اذا قسم لم يستضر بالقسمة، وامكن الانتفاع به حماما وكذلك الدار والبئر متى امكن ان يحصل من ذلك شيئان كالبئر ببئرين يرتقى الماء منهما

---

(١) الكاساني، المصدر المذكور آنفا، جـ ٦ ، ص ٢٧٠ .

المرغيناني، المصدر المذكور آنفا، جـ ٥ ، ص ٣١٨ .

الشربيني، المصدر المذكور آنفا، جـ ٥ ، ص ٢٩٦ .

ابن حزم، المصدر المذكور آنفا، جـ ١٠، ص ٣ .

الباجي، المصدر المذكور آنفا، جـ ٦ ، ص ٢٠٠ .

الهذلي، المصدر المذكور آنفا، جـ ٣ ، ص ٢٥٤ .

(٢) المراد بالقسمة التي بدون فساد هي قسمة الاجبار وهي ان تكون الدار مقسومة منفعتها التي كانت، ولو على تضايق كجعل الدار دارين والغرفة غرفتين، وقيل ان لا تنقص قيمة الدار مثلا بالقسمة نقصا بينا .

قال المرداوي والقول هذا استحسنه/منقول من الانصاف للمرداوي - الجزء السابع ص ٢٥٨ .

قال شيخ الاسلام ابن تيمية مانصه " إتفق الائمة على ثبوت الشفعة في العقار الذى يقبل القسمة قسمة الاجبار كالقرية والبستان ونحو ذلك"(١)

وقال العلامة ابن رشد في كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد مانصه " الركن الثاني " يعني من اركان الشفعة " وهو المشفوع فيه : اتفق المسلمون على ان الشفعة واجبة في الدور والعقار والارضين كلها"(٢)

وقال الامام السرخسي في المبسوط مانصه " ولا شفعة الا في الارضين والدور لانها عرفت شرعا وقد نص الشارع على الشفعة في العقار خاصة"(٣)

وجاء في تكملة المجموع للنووي مانصه " ولا تجب الا فيما تجب قسمته عند الطلب"(٤)

وقال ابن قدامه مانصه " الشرط الثالث : ان يكون المبيع مما يمكن قسمته"(٥)

الادلــــــة

استدل الفقهاء على ثبوت الشفعة في العقار الذى يقبل القسمة بالمنقول والمعقول والاجماع :

اولا المنقول : وهو مارواه مسلم والنسائي عن جابر رضي الله عنه ان النبي

---

(١) ابن تيميه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٣٠ ، ص ٣٨٤ .

(٢) ابن رشد ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٢٧٩ .

(٣) السرخسي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٤ ، ص ٩٨ .

(٤) المطيعي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٤ ، ص ١٣٢ .

(٥) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٣ .

صلى الله عليه وسلم " قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة او حائط لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء اخذ وان شاء ترك فان باعه ولم يؤذنه فهو احق به "(١)

وجه الدلالة من هذا الحديث :

ان قوله " فيما لم يقسم " هو ظاهر في انه يقبل القسمة لان الاصل في المنفي بلم ان يكون في الممكن ، بخلافه بلا ، واستعمال احدهما مكان الاخر تجوز او اجمال(٢)

اما الاجماع : فقد قال ابن المنذر فيه " اجمع اهل العلم على ثبوت الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من ارض او دار او حائط "(٣)

ثالثا : المعقول :

وقالوا وتثبت الشفعة فيما يقبل القسمة من العقار لان الشفعة شرعت لرفع ضرر القسمة الذي من شانه ان يدوم بدوام مافيه الشركة ، والارض والبناء من طبيعتها ان يدوم ملكها ، فيدوم الضرر فيها ، فشرعت الشفعة لرفع مثل هذا الضرر الدائم(٣)

---

(١) النيسابوري ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٥٧ .
الشوكاني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٣٧٢ .
الصنعاني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٣ ، ص ١١ .
الزرقاني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٧ ، ص ١٧٦ .

(٢) البجيرمي ، سليمان بن عمر بن محمد ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ، جـ ٣ ، ص ١٣٤ .

(٣) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٢٩ .

فالمشترى له الحق ان يطالب بالقسمة ، وفى ذلك من الضرر مافيه من احداث المرافق وتضييق الواسع فلهذا ثبتت الشفعة فيما يمكن قسمته .

((الشفعة في العقار الذى لاتمكن قسمته))

سبق ان ذكرنا فى اول المبحث ماتجرى فيه الشفعة باتفاق الفقهاء . ونتحدث الان عن المسائل التى هى محل خلاف بينهم ـ ولنبدا اهمها بالمسالة الاولى : وهى :

* العقار الذى لاتمكن قسمته *

والشيء الذى لا يقبل القسمة هو الذى ان قسم تغير اسمه وصفته كالحمام والرحا الذى ان قسمت لم يكن خط كل واحد من المتقاسمين حماما او رحا .

آراء الفقهاء فى العقار الذى لاتمكن قسمته :

لا خلاف بين العلماء فى وجوب الشفعة فى العقار القابل للقسمة وانما الخلاف بينهم فى ثبوت الشفعة فيما لا يحتمل القسمة من العقار كالحمام الصغير الذى لا يمكن قسمته حمامين والبئر الذى لا يمكن جعلها بئرين والحانوت والرحى الصغيرة والطريق الضيقة .

١ـ فذهب الشافعى ومالك والامام احمد فى احدى الروايتين عنهما وبعض الشيعة الى انه لا شفعة فى ذلك وبه قال يحيى بن سعيد الانصارى وربيعه الراى . ففى المذهب الشافعى* قال الخطيب الشربينى فى شرحه

المنهاج " وكل مالو قسم بطلت منفعته المقصوده كحمام ورحى لا شفعة على الاصح ا - هـ " (١)

جاء فى تكملة المجموع مانصه " ولا تجب الا فيما تجب قسمته عند الطلب فاما مالا تجب قسمته كالرحى والبئر الصغيره والدار فلاتثبت فيه الشفعه " (٢)

ومثل هذا قال الشيرازى فى المهذب ، والحطاب فى مواهب الجليل وفى

المذهب الحنبلى قال ابن قدامه فى المغنى " الشرط الثالث ان يكون المبيع مما يمكن قسمته فاما مالا يمكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والمضاده والطريق الضيقه والعراص الضيقه فعن أحمد روايتان أحدهما لا شفعة فيه الى ان قال والثانيه فيها الشفعه . . . الى أن قال والاول ظاهر المذهب " (٣)

وفى المذهب المالكى قال ابو عبد الله المواق فى التاج والاكليل على شرح مختصر خليل قال ابن رشد : الشفعه انما تكون فيما ينقسم من الاصول دون مالا ينقسم وهذا امر اختلف فيه اصحاب مالك فى المدونه قال مالك اذا كانت نخله بين رجلين فباع احدهما حصته فلاشفعة لصاحبه فيها وفى المدونه ايضا قال مالك فى الحمام الشفعه وهو ع

---

(١) الشربينى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٢٩٧ .

(٢) المطيعى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٤ ، ص ١٣٢ .

(٣) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٦٦ .

احق ان تكون فيه الشفعة من الارض لما في قسم ذلك من الضرر ، وقالـــه مالك واصحابه اجمع .(١) جاء في مواهب الجليل للحطاب ما نصه " واختلفت الرواية عن مالك في وجوب الشفعة فيما لا ينقسم الخ (٢) [illegible](٢)

وجاء في فقه الامام جعفر الصادق ما نصه " وخصصوا الشفعة بالثوابت التي تقبل القسمة ، ونفوها عن المنقولات والثوابت التي لا تقبلها او لا ينتفع بها بعد القسمة "(٣)

٢ ـ وذهب الحنفية والظاهرية وابو العباس بن سريج مـــن الشافعية والثوري ومالك واحمد في الرواية الثانية عنهما الى ان الشفعة ثابتة في كل جزء بيع مشاعا من عقار يقبل القسمة ام لا كالحانوت الصغيـر والدار الصغيرة ونحو ذلك مما سبق .

واختار هذا القول ابن تيميه وغيره من اصحابه .

قال رحمه الله في الفتاوى " اتفق الائمة على ثبوت الشفعة في العقــار الذي يقبل القسمة قسمة الاجبار وانما ينقسم بضرر او رد عوض فيحتاج الى التراضي هل تثبت فيه الشفعة على قولين :

احدهما تثبت وهو مذهب ابي حنيفة الى ان قال وهذا القول هـــو الصواب كما سنبينه ان شاء الله .

والثاني لا تثبت فيه الشفعة ثم قال والقول الاول اصح ثم استطرد فـي ايراد الادلة التي تثبت صحة القول الاول(٤)

---

(١) العبدري ، محمد بن يوسف ، التاج والاكليل لمختصر خليل ، ليبيا الطبع والنشر مكتبة النجاح ، جـ ٥ ، ص ٣١٥ .
(٢) الحطاب ، مواهب الجليل ، جـ ٥ ، ص ٢٠٧ .
(٣) غنيه ، محمد جواد ، فقه الامام جعفر الصادق ، بيروت ، الطبعـــة الاولى ١٩٦٥ ، جـ ٤ ، ص ١٢٤ .

(٤) ابن تيميه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٣٠ ، ص ٣٨١ .

وقال الامام السرخي في كتابه المبسوط" واستحقاق الشفعة في الحمام والرحى قولنا"(١)

اما الرواية لكل من مالك واحمد فقد سبق ذكر النصوص الفقهية التي تذكرها .

((الادلة))

ادلة القائلين بعدم ثبوت الشفعة فيما لا يمكن قسمته

استدل اصحاب هذا القول بالمنقول والمعقول :-

أولا : المنقول :

وهو ماروا ابن ماجه وابوداود عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال "انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"(٢)

وماروا البخاري عن جابر رضي الله عنه قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم " الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة"(٣)

وجه الدلالة من الحديثين :

---

(١) السرخي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٤ ، ص ١٣٥ .

(٢) ابن ماجه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٨٣٨ .
ابوداود ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٢٥٦ .

(٣) البخاري ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٣ ، ص ١١٤ .

١ = أن قوله " فى كل مالم يقسم " و " فيما لم يقسم " هو ظاهر فى أنه يقبل القسمه لان الاصل فى المنفى بلم أن يكون فى الممكن قسمته كما أنه هناك قرينه تدل على أنه يقبل القسمه وهى قوله صلى الله عليه وسلم فى آخر الحديث " فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق " ولا ريب أن ماوقعت فيه الحدود وصرفت فيه الطرق هو القابل للقسمه وعليه تثبت الشفعه فى كل مايقبل القسمه ، وعليه يكون الغير قابل للقسمه لاتثبت فيه الشفعه .

ب - ومن وجه الدلالة أن هذا الحديث جعل الشفعه فى عقار يحتمل القسمه ولم يقسم فافاد بمفهومه ان العقار اذا كان غير قابل للقسمه لا شفعة فيه وهو المطلوب .

وفى سنن البيهقى عن عثمان ابن عفان رضى الله عنه قال : لا شفعة فى بئر ولا فحل (١)

وجه الدلاله على المطلوب انه نفى الشفعه فى البئر والفحل من النخل وما فى منعناهما مما لا يقبل القسمه .

ثانيا : المعقول ..

١ - وهوأن الشفعه انما وجبت لدفع ضرر موئنة القسمه الذى يلحقه نتيجه المقاسمه لما يحتاجه من أحداث المرافق الخاصه ، وهذا غير موجود فيما

---

(١) البيهقى ، ابى بكر احمد بن الحسين ابن على ، السنن الكبرى الطبعه الاولى ، الهند ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانيه ١٣٩٠ ، ج ٦ ، ص ١٠٥ .

لا يقبل القسمة [١] فلاتثبت فيه الشفعة فلاموجب لالحاقهبماتجب قسمته

٢ ـ وقالوا ايضا ان اثبات الشفعة فى هذا يضر بالبائع لانه لا يمكنه ان يتخلص من اثبات الشفعة فى نصيبه بالقسمة ، وقد يمتنع المشترى لاجل الشفيع فيتضرر البائع ـ فيمتنع البيع فيؤدى اثباتها الى نفيها . [٢]

المناقشة

نناقش ادلة المانعين من الشفعة فيما لا يقبل القسمة بانه لا يلزم من كون ماوقعت فيه الحدود وصرفت فيه الطرق هو القابل للقسمة ، وان يكون المقصود بمالم يقسم ماكان قابلا للقسمة لجواز ان يكون المقصود من قوله عليه الصلاة والسلام " بمالم يقسم " مالم تحصل فيه القسمة سواء اكان قابلا للقسمة ام لم يكن قابلا لها . فيكون مفهومه انه لا شفعة فيما حصلت فيه القسمة ولايلزم من كون ماحصلت فيه القسمة ان يكون قابلا لها فقد يكون قابلا لها وقد لايكون قابلا لها والحديث قد حصر الشفعة فيما لم يقسم سواء اكان قابلا للقسمة او غير قابلا لها فتثبت بهذا الشفعة فيمالا يقبل القسمة كما تثبت فيما يقبلها والله اعلم .

وكذلك حديث البخارى فان منطوقه اثبات للشفعة فى عقار لم يقسم ...

---

(١) الشربينى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٢٦٧ .

(٢) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٢ .

الشربينى ، المصدر نفسه .

بالفعل اعم من ان يقبل القسمة ام لا ومن هنا يعلم ان منطوق الحديثين ضد الدعوى .

٢ - ويناقش اثر عثمان بان في سنده انقطاع، لان ابى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم الانصارى لم يلق عثمان ولم يرو عنه (1) وعلى فرض اتصاله بعثمان فهو قول صحابى وقول الصحابى لا حجة فيه مع قول الرسول صلى الله عليه وسلم .

٣ - واما قولهم ان الشفعة وجبت لدفع ضرر مؤنة القسمة فهو محل خلاف، فلا يلزم به المخالف .

ادلة القائلين بثبوت الشفعة فيما لا يمكن قسمته :

استدل اصحاب هذا القول على مذهبهم هذا المنقول والمعقول

اولا : المنقول :

وهو ما رواه مسلم وابو داود والدارمى عن ابن جريج عن ابى الزبير عن جابر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال " الشفعة فى كل شرك فى ارض او ربع او حائط لا يصلح ان يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ او يدع، فان ابى فشريكه احق به حتى يؤذنه " وفى رواية الدارمى " لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء اخذ وان شاء ترك فان باع ولم يؤذنه فهو احق به " (2)

---

(1) ابن حجر ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٣٨ .

(2) النيسابوري ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٥٧ .
ابو داود ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٢٥١ .
الدارمى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٢٧٤ .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

ان قوله " فى كل شرك " لفظ عام يتناول ماتقبل القسمة وما لايقبلها من غير تفصيل ، وعليه تكون الشفعة ثابتة فيما لا يقبل القسمة لدخوله فى عموم الحديث .

٢ ـ وما رواه الترمذى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم " الشريك شفيع والشفعة فى كل شى "(١)

وجه الدلالة من هذا الحديث :

ان قوله " فى كل شىء " عام يشمل مايقبل القسمة وما لايقبلها .

ثانيا : المعقول :

ومن المعقول ان الشفعة تثبت لازالة ضرر المشاركة والضرر فى هذا النوع اكثر لانه يتابد ضرره .

المناقشـــــــة :

ونوقش الدليل الاول للمثبتين من قبل النافين بقولهم ان هذا الحديث مخصص بحديث الشفعة " فيما لم يقسم " لان المقصود به " مالم يقســم " مما يقبل القسمة لان الاصل فى المنفى بلم ان يكون فيما يمكن قسمته ، والمراد بالحديث والله اعلم ثبوت الشفعة فى كل شرك قابل للقسمة .

ويجاب عن ذلك بان حديث " الشفعة فيما لم يقسم " يتناول مايقبل القسمة وما لا يقبلها ولم يشترط الرسول عليه السلام فى الارض والربعة والحائط

---

(١) الترمذى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ٢ ص ٤١١ ، ٤١٢ ، ٤١٤ .

ان يكون مما يقبل القسمة وليس هناك دليل على تخصيصه بما يقبل القسمة فلا يجوز تقييد كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم بغير دلالة من كلامه فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يمنع الشفعة الا بوقوع الحدود وتصريف الطرق . كما ان الضرر في هذا القسم بالذات اشد وابلغ لدوام ضرره وتأبده وقد لا يكون الضرر محصوراً في ضرر القسمة من استحداث المرافق بل قد يكون اعم من ذلك الذى هو ضرر الشركة .(١)

الترجيح

هذا والناظر في ادلة القولين في الشفعة فيما يمكن قسمته وما لا يمكن قسمته يتبين له :

١ - ان منشأ الخلاف بينهما مبني على الخلاف في الضرر الذي من اجله شرعت الشفعة هل هو ضرر القسمة ام هو ضرر الدخيل ؟

فمن قال بالاول اثبتها فيما يمكن قسمته ونفاها عن ما لا يمكن قسمته .

قال الخطيب الشربيني في شرح المنهاج " ان علة ثبوت الشفعة دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق "(٢)

ومن قال بالثاني اثبت الشفعة فيما لا يمكن قسمته جاء في البدائع " ان الشفعة وجبت عندهم معلولة بدفع ضرر الدخيل واذاه على سبيل اللزوم وذلك يوجد فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل القسمة على السواء "(٣)

---

(١) ابن تيمية ، الفتاوى ، ج ٣٠ ، ص ٣٨٢ .

(٢) الشربيني ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٢ ، ص ٢٩٧ .

(٣) الكاساني ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٦ ، ص ٢٧٠١ .

٢ ـ ان القول بعموم الشفعة فيما يقبل القسمة من العقار وما لا يقبلها ارجح القولين ، لقوة دليله ، ولقوله عليه الصلاة والسلام " انما الشفعة فيما لم يقسم من غير فصل ، ولان الرسول صلى الله عليه وسلم قال " الشفعة في كل شرك ارض او ربع او حائط لا يصلح ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان باع فهو احق به"

ولم يشترط عليه السلام في الارض والربعة والحائط أن يكون مما لا يقبل القسمة فلا يجوز تقييد كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم بغير دلالة من كلامه لا سيما وقد ذكر هذا في باب تاسيس الشفعة وليس عنه لفظ صحيح صريح في الشفعة اثبت من هذا ، ففي الصحيحين عن النبي صلى الله عليه وسلم " انه قضى بالشفعة في كل مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" فلم يمنع الشفعة الا مع اقامة الحدود وتصرف الطرق وهذا الحديث في الصحيح عن جابر وفي السنن عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال " الجار احق بسقب جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا .

فاذا قضى بها للاشتراك في الطريق فلان يقضي بها للاشتراك في رقبة الملك اولى واحرى .

ولان ما استدلوا به على نفيها لم يدل على ذلك الا بمفهومه ودلالة المفهوم لا تقاوم المنطوق ولا تعارضه .

ومن المعلوم ايضا ان النبي صلى الله عليه وسلم اثبت الشفعة فيما يقبل القسمة فما لا يقبل القسمة اولى بثبوت الشفعة فيه ، فان الضرر الموجود فيما يحتمل القسمة يمكن إزالته والتخلص منه بخلاف ما لا يقبلها ، فان ضرر

ا

المشاركة فيه اشد واعظم ، ولا يمكن رفعه وإزالته إلا عن طريق الشفعة .

اما القول بان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر المقاسمة ودون ضرر المشاركة كلام ظاهر البطلان ، لانه قد ثبت انه اذا طلب أحد الشريكين القسمة فيما يقبلها ، وجبت إجابته الى القسمة ، واذا كان ضرر المشاركة أقوى لم يرفع أدنى الضررين بالتزام أعلاهما ولم يوجب الله ورسوله الدخول في الشيء الكثير لرفع الشيء القليل ، فإن شريعة الله منزهة عن هذا .

وعلى فرض أن الأحاديث لم ترد الا فيما يقبل القسمة لكانت دلالة بطريق الأولى على ثبوتها فيما لا يقبل القسمة اذ رفع الضرر الأعلى أولى من رفع الضرر الادنى .

((المبحث الثانــى))

الشفعه فى تابع العقار

وتابع العقار هو مايتبعه من بناء وتوابعه الداخليه فى عموم البيع من أبواب منصوبه ورفوف مسمره ، ومسامير ، ومفاتيح ، ود واليب تابعه وكذلك مايتبعه من شجر وثمر وزرع الى غير ذلك ، وبالجمله كل مايتبع الارض والدار ومصطلح عليه أنه من توابعهما . ويمكن أن يقال الضابط لما يتبع الارض ومالا يتبعها " أن مايدخل فى البيع من غير تنصيص عليه كالبناء والشجر يعد تابعا للارض وتثبت فيه الشفعه ومالا يدخل فى البيع الا بالتنصيص عليه كالثمر المؤبر لا يعد تابعا فلا تثبت فيه الشفعه " .

وتابع العقار : ينقسم الى قسمين :

القسم الاول :

هو البناء والشجر وسنتحدث عنه إن شاء الله فى المطلب الاول من هذا المبحث .

القسم الثانى :

الزروع والثمار وسنتحدث عنه إن شاء الله فى المطلب الثانى من هذا المبحث .

المطلب الاول

الشفعه فـــى البنـــــاء والشجر

لا يخلو امر البناء والشجر من حالين ، اما ان يكون متصلا بالارض وتابعـــا لها مما يباع معها . فهذا يؤخذ بالشفعة تبعا لاصله قال الامام ابـــن قدامه " ولا نعرف فيه بين من اثبت الشفعة خلافا " ا ـ هـ[1]

واما ان يكون غير تابع للارض، ويبيع مفرداً عن الارض المقام عليهـــا فهذا مختلف فيه بين الفقهاء على قولين

القول الاول : لاتثبت الشفعة فيهما اذا لم يكونا تابعين للارض ومبيعـــا مفردين عن الارض المقامين عليها[2] ذهب الى هذا القول كل من الحنفية والشافعية والحنابلة والشيعه .

ففى المذهب الحنفى جاء فى الهداية وفى بعض نسخ المختصر ولا شفعـــة فى البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور فى الاصل

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٢ .

(٢) وان كانا متصلا بالعقار ومن مستلزماته لكنه لم يدخل ضمن العقد الذى بيع به العقار وانما بيع استقلالا فلاشفعة فيه .

لانه لا قرار له فكان نقليا"[1] وفى مذهب الشافعى جاء فى فتح العزيز " الاعيان التى كانت منقولة فى الاصل ثم اثبتت فى الارض للدوام كالابنية والاشجار فان بيعت مفردة فلاشفعة فيها لانها فى حكم المنقولات وحكى الامام ابوالفرج السرخسى وجها انه تثبت الشفعة فيها لثبوتها فى الارض والمذهب الاول[2]

وجاء فى تكملة المجموع للنووى مانصه " النوع الثانى ماتجب فيه الشفعة تبعا وهو البناء والغراس ان كان مبيعا مع الارض وجبت فيه الشفعة تبعا للارض ان كان فيها مايحتمل قسمة الاجبار وان لم يحتملها لم تجب الشفعة عند الشافعى ووجبت عند ابن سريج وان كان البناء والغراس منفصلان عن الارض فى البيع فلاشفعة عند الشافعى"[3]

وفى المذهب الحنبلى جاء فى المغنى لابن قدامه مانصه " الشرط الثانى ان يكون المبيع ارضا الى ان قال واما غيرها فينقسم الى قسمين احدهما تثبت فيه الشفعة تبعا للارض وهو البناء والغراس يباع مع الارض فانه يؤخذ بالشفعة تبعا للارض بغير خلاف"[4] فمفهوم هذا النص أن الشفعة لا تثبت في البناء والشجر إذا بيعا مفردين عن الأرض.

وجاء فى الانصاف " ولا شفعة فيما لاتجب قسمته الى ان قال وماليس

---

(١) المرغينانى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٧ ، ص ٤٣٥ .

(٢) الرافعى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١١ ، ص ٣٦٤ .

(٣) المطيعى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٤ ، ص ١٤٠ .

(٤) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٢ .

بمقار كالشجر والحيوان والبناء المفرد وهذه الرواية القائلة لا شفعة فيه هو الصحيح من مذهب الحنابله وعليه جماهير الاصحاب قال المصنف والشارح وهذا ظاهر المذهب"[٢]

وقال " وعلى المذهب يؤخذ البناء والغراس تبعا للارض" .

وفي المذهب الشيعي جاء في فقه الامام جعفر الصادق" اما الشجر والابنية فان بيعا تبعا للارض ثبتت فيها الشفعة بالاجماع وان افرد بالبيع دون الارض فلاشفعة فيهما الا عند من اثبت الشفعة في كل شيء"[٢]

يظهر لنا من النصوص الفقهية المتقدمة ان البناء والشجر اذا بيع كل منهما مفردا عن الارض ولم يكن كل منهما تابعا للارض لا تثبت فيه الشفعة عند الفقهاء المتقدم ذكرهم .

القول الثاني :

يقول بثبوت الشفعة في البناء والشجر اذا لم يكونا تابعين للارض المقامين عليها وبيعا مفردين عن الارض ذهب الى هذا القول كل من المالكية " اذا لم يتات في قسمتهما مضرة" والظاهرية ورواية عن الامام احمد بن حنبل وبعض الشيعة[٣] قال الباجي " فاما الارض فالشفعة فيها عندنا ثابتة وكذلك الشجر والبناء الا انه على ضربين احدهما ان يكون مقصود

---

(١) المرداوي ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٦ ، ص ٢٥٦ .

(٢) مغنيه ، المصدر المذكور انفا ، ج ٤ ، ص ١٢٤ .

(٣) الهذلي ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٣ ، ص ٢٥٤ .

المنفعة والثاني ان يكون مرفقا للمال الذي تصح قسمته دون تعيين"[١]
وقال ابن قدامه قال ابو الخطاب " وعن احمد روايه اخرى ان الشفعة تجب في البناء والغراس وان بيع مفردا"[٢] وقال المرداوي في الانصاف - والرواية الثانية فيه الشفعة " يعني ثبوت الشفعة في الشجر والبناء وان بيع مفردا" اختاره ابن عقيل وابو محمد الجوزي والشيخ تقي الدين[٣]
وجاء في المحلى لابن حزم " الشفعة واجبة في كل جزء بيع مشاعا غير مقسوم بين اثنين فصاعدا من اي شيء كان مما ينقسم ومما لا ينقسم من ارض وشجرة .. الخ "[٤]
ويظهر لنا من النصوص الفقهية المتقدمة ان الشفعة ثابتة في البناء والشجر سواء كان تابعا للارض ام لم يكن وسواء بيع معها او بيع مفردا عنها مادام مقصود الشفعة ويصح مرفقا للمال الذي تصح قسمته

— الادلـــــة —

ادلة القائلين بنفي الشفعة في البناء والشجر اذا لم يكونا تابعين للارض ولم يباعا معها .

---

(١) الباجي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٠٢ .

(٢) ابن قدامة ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٢ .

(٣) المرداوي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٥٧ .

(٤) ابن حزم ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٠ ، ص ٣

استدل القائلون بعدم الشفعة فى البناء والشجر اذا بيعا مفردين عن الارض ، بمايلى :

اولا : قالوا ان البناء والشجر ليسا مما يدوما بقاؤهما لانه لا قرار لهما فكانا نقليا[١] والمنقول لا شفعة فيه لان ضرره ليس بدائم قال ابن قدامه فى هذا الصدد .

" ولان هذا مما لا يتبقى على الدوام فلاتجب فيه الشفعة كصبرة الطعام[٢] "

ثانيا : استدلوا بقول النبى صلى الله عليه وسلم " لا شفعة الا فى ربع او عقار " والربع هو الدار والحائط : هو البستان .

فقد نفى هذا الحديث الشفعة فى غير هذين وهما عقار متصل به بناء وشجر وبذلك تجوز الشفعة فيما اتصل بالعقار وبيع معه .

ادلة القائلين بثبوت الشفعة فى البناء والشجر اذا بيعا مفردين عن الارض بما يلى :

اولا : استدل المالكية بعموم قوله عليه الصلاة والسلام " الشفعة فيما لم يقسم " وجه الدلالة من هذا

ان قوله " الشفعة فيما لم يقسم " عام يشمل الغراس والبناء مطلقا .

٢ ـ واستدلوا ايضا بما رون عن ابن ابى شيبة حدثنا ابو الاحوص عن

---

(١) المرغينانى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٧ ، ص ٤٣٥ .

السرخسى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٤ ، ص ١٣٠ .

(٢) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٣ .

عبد العزيز بن رفيع عن ابن ابى مليكه قال قضى " رسول الله صلى الله عليه وسلم" بالشفعة فى كل شيء"[1]

فقوله "فى كل شيء" عام يدخل تحته البناء والغراس

٣ ـ واستدلوا ايضا بما رواه مسلم والنسائى عن ابى الزبير عن جابر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم " قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة او حائط لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء اخذ وان شاء ترك فان باعه ولم يؤذنه فهو احق به"[2]

وجه الدلالة من هذا الحديث :

العموم لان قوله " قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة او حائط" يفيد عموم الشفعة فى كل مشترك والشركة تشمل الارض والبناء والغراس سواء كان تابعا لها او غير تابع للارض.

ثانيا : قالوا ان البناء والشجر ثابتا فكانا كالارض لان لهما اصل ثابت يطول ضرره بطول بقائه فتثبت فيهما الشفعة[3]

---

(١) الباجى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٠٢ .

(٢) النيسابورى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٥٧ .
الشوكانى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٨ .

(٣) الباجى ، المصدر نفسه .
ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٣ .
ابن حزم ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٠ ، ص ٦ .

— الترجيـــــــــــع —

بعد عرض اقوال وادلة كل مذهب اتضح لى قوة دليل المالكية والظاهرية على ثبوت الشفعة فى البناء والشجر اذا بيعا ، مفردين عن الارض وذلك لان الحديث الذى استدل به اصحاب هذا القول والذى جاء فيـــه " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل شركة لم تقســم ربعة او حائط " يفيد عموم الشفعة فى كل ربعة او حائط سواء كانت تابعة للارض ام غير تابعة وسواء كانت مباعة معها ام غير مباعه .

فالربعة فى الحديث المراد بها الدار ، والحائط المراد به البستان الذى به الاشجار ولان البناء والشجر يطول بقاؤهما فيطول ضررهما والشفعة انما شرعت لدفع الضرر اما الخبر الذى استدلوا به على نص الشفعة فى غير الربع والعقار قال البيهقى بعد سياقه له اسناده ضعيف[1] ولـــو فرضنا ان اسناده صحيح فهو لا ينفى الشفعة لان الربع هو البناء والحائط هو البستان الذى به الاشجار ولم يبن عليه السلام ان الشفعة تثبـــت فيهما اذا كانت متصلة بالارض ومباعة معها ولا تثبت فيهما اذا كانا منفصلين عن الارض وغير مباعة معها .

اما القول بان البناء والشجر لا يدوم بقاؤهما وبذلك لا يطول ضررهمـــا فهو مجرد احتمال لانه قد يطول ضررهما ولو فرضنا انه لا يطول ضررهما فالشارع الحكيم مريدا لدفع الضرر بكل انواعه .

---

(١) الرافعى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١١ ، ص ٣٦٧ .

* المطلب الثانـــى *

ـــ الشفعة فى الزروع والثمـــار ـــ

اختلف راى الفقهاء فى ثبوت الشفعة فى الزروع ـ كالبر والذرة واللفـــت ـ وكذلك فى ثبوتها فى الثمار ـ كالعنب وثمر النخل ـ على اربعة اقوال :

القول الاول : يثبت الشفعة فى الزروع والثمار ان بيعت واصولهـــا مع الارض ـ كالفت واشباهه والذى يعتبر من اصول الزروع ، والنخـــل والعنب والذى يعتبر من اصول الثمار.

اما ان بيعت الزروع والثمار دون الاصول ودون الارض فلاشفعة فيها : ذهب الى هذا القول الحنفية[1] وهناك ايضا وجه عند الحنابلة يقولـــ بانها تؤخذ تبعا كالبناء والغراس قال المرداوى وهو احتمال فى الهداية[2]

القول الثانى : يثبت الشفعة فى الثمار مطلقا كالفول الاخضـــر والباذنجان والقرع والباميه والقطن وغيرها وباختصار كل اصل تجنى ثمرته ويبقى اصله وعينه او كل ماتجنى ثمرته واصله باق ليخلف غيرها كالقطـــن

---

(١) المرغيناني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٤ ، ص ٣٤ .

السرخسي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٤ ، ص ١٣٣ .

(٢) جاء فى الهداية الى ان الثمرة تابعة للارض فى استحقاق الشفعة استحسانا اذ اشرطها المبتاع واما القياس فان الشفيـــع لا ياخذها لانها فى حكم المنفصل اشبه المتاع فى الدار.

(٢) المرداوى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٥٢ .

والنامية ففيه الشفعة سواء بيعت هذه الثمار مع الاصل ومع الارض ام بيعت مفردة عن اصلها وعن الارض الا ان تيبس هذه الثمار وتجذ بعد العقد وقبل الاخذ بالشفعة وكذلك اذا وقع عليها العقد وهي يابسة فـــلا شفعة فيها ذهب الى هذا القول المالكية على الراجح عندهم ،

اما الزروع عند المالكية فلاتثبت فيها الشفعة ،بناء على تفسيرهم للعقار بانه الارض وما اتصل بها من بناء او شجر .

جاء في الشرح الكبير بحاشية الدسوقي مانصه " ولا زرع مشترك " اى لا شفعة في زرع مشترك " ولو بيع الزرع بارضه " اى بيع الزرع مع الارض.

والشفعة في الارض فقط بما ينوبها من الثمن سواء بيع قبل يبسه او بعده كما انه لا شفعة في بقل كالفجل والجزر واللفت والبصل والملوخية ونحوها ماعدا القول فان فيه الشفعة لانه يؤخذ شيئا فشيئا فيشبه الثمرة[1]

القول الثالث : لا يثبت الشفعة في الزروع ولا في الثمار لا تبعـــا ولا مفردا اذا كانت الثمرة ظاهرة[2] وليس له اصل يجز فيه مــــرارا كالفت . اما اذا بيعت مع اصولها ومع الارض وكانت الثمرة غير ظاهرة والزرع له اصل يجز منه مرارا كالقت والهندباء فان الشفعة تثبت فيهما علـــى مذهب الشافعية[3] .

---

(١) الدسوقي ،المصدر المذكور آنفا ،جـ ٣ ،ص ٤٣٢ .

(٢) هذا على مذهب المالكية فقط .

(٣) الشربيني ،المصدر المذكور آنفا ،جـ ٥ ،ص ٢٩٦ ،٢٩٧ .

اما على مذهب الحنابلة فان الشفعة تثبت فى الثمرة اذا كانت غير ظاهرة اما الزرع عند الحنابلة لاتثبت فيه الشفعة لا تبعا ولا مفردا [(١)] قال فى الانصاف " ولا تؤخذ الثمرة والزرع تبعا فى احد الوجهين ثم قال وهو المذهب اختاره القاضى والمصنف والشارح وهو قول ابى الخطاب فى رؤوس المسائل وابن عقيل والشريفى ابوجعفر واخرين" انتهى . [(٤)]

اما على قول بعض الشيعة فلاتثبت الشفعة فى الثمرة . جاء فى شرائع الاسلام مانصه " ولا تثبت الشفعة فى الثمرة وان بيعت على رؤوس النخل والشجر منضمه الى الاصل والارض" [(٢)]

القول الرابع : يثبت الشفعة فى الزروع والثمار مطلقا سواء بيعت مع اصولها ومع الارض ام بيعت مفردة عن الارض وسواء كانت غير ظاهرة وسواء كان الزرع مما يتكرر جنيه ام كان مما لا يتكرر جنيه وباختصار فهى تثبت عندهم فى كل شيء ذهب الى هذا القول الظاهرية والهادويه .

جاء فى المحلى لابن حزم " الشفعة واجبة فى كل جزء بيع مشاعا غير مقسوم بين اثنين فصاعدا ، من اى شيء كان مما ينقسم، ومما لا ينقسم : من ارض ، او شجرة واحدة ، فاكثر ، او عبد ، او ثوب ، او امة ، او من سيف ، او من طعام ، او من حيوان ، او من اى شيء بيع . [(٤)]

وجاء فى روض النضير مانصه " وذهبت الهادويه الى انها تثبت فى كل

---

(١) ابن قدامى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٢ .

(٢) المرداوى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٦٧ .

قال المرداوى قال فى الرعاية الكبرى " وقيل تجب فى زروع وثمر مفرد . جـ ٦ ، ص ٢٥٧ .

(٣) الهذلى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٣ ، ص ٢٥٤ .

(٤) ابن حزم ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٠ ، ص ٣ .

عين على ان صفة كانت من منقول او غيره طعام او غير طعام يحتمل القسمة او لا يحتمل.[1]

— الادلـــة —

ادلة الفريق الاول :

بان الثمار والزروع المتصلة بالارض اذا بيعت مع اصولها ومع الارض تؤخذ بالشفعة لانها متصلة بمافيه الشفعة فتثبت فيها تبعا لما تثبت فيه كالبناء والشجر.

اما اذا بيعت مفردة دون الارض لم تكن تابعة لماتثبت فيه الشفعة وهي الارض فلاتثبت الشفعة في الزروع والثمار قياسا على المنقولات.[2]

واجاب المانعون بان ذلك لا يدخل في البيع تبعا فلايؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والغراس.

تحقيق ذلك ان الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الاخذ بغير رضا المشتري فان بيع الشجر وفيهثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة لانها تتبع في البيع فاشبهت الغراس في الارض[3]

دليل الفريق الثاني :

استدل اصحاب القول الثاني على ثبوت الشفعة في ... الثمار اذا بيعت مع الاصول والارض بنفس ما استدل به اصحاب الراي الاول

- بان الثمار ... المتصلة بالارض ... اذا بيعت مع الاصول ومع الارض فان الشفعة تثبت فيها لانها تتبع للارض بمجرد العقد ...

---

(١) السباعي ، المصدر المذكور انفا ، جـ٣ ، ص ٦٣٩ .

(٢) السرخسي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ١٤ ، ص ١٣٣ .

(٣) المغني لابن قدامة ، جـ٥ ، ص ٢٧٢ .

فهي تتبع ماتثبت فيه الشفعة فتثبت فيها تبعا له كالبناء والشجر سـواء كانت قائمة او مجدودة .

اما اذا بيعت مفردة عن الارض فانّ الشفعة تثبت فيها مالم تزايل الاصل لانها مادامت في النخل متصلة بالاصل فان حكمها حكمه في الشفعة . كالرطب والجريد هذا على رأى مالك رضي الله عنه .

اما على رأى ابن القاسم من المالكيه فان الشفعة تثبت في الثمار مالـم تيبس وتجد اذا بيعت مفردة لانها اصبحت غير تابعة للاصل وصارت فـي حكم المنفصل(١) فالثمار اذا بيعت مفردة ولم يتيبس ولم تجد فانها تشبـه الثابت لاتصا لها بما هو ثابت فتثبت فيها .

اما الزروع فلاتثبت فيها الشفعة على مذهب المالكية ، معللين ذلك بان الشقعة لا تثبت الا بالبيع، والزرع لا يحل بيعه حتى ييبس. ولان الزرع ثمـرة متغذية بالاصل كالثمرة التي لم تيبس.

وقال بعضهم ان الزرع ليس له اصل ثابت ولا هو من الات الاصل فلـم تثبت فيه الشفعة كالثياب .(٢)

دليل الفريق الثالث :

استدل اصحاب هذا القول : بان الثمار والزروع لاتدخل في البيـع

---

(١) الباجي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٠١ .

الدسوقي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٣ ، ص ٤٣١ .

(٢) الباجي ، المصدر نفسه .

تبعا للارض فلاتؤخذ بالشفعة كامتعة الدار وكستائر الابواب والشبابيك وعكسه البناء والشجر - وتحقيقه ان الشفعة بيع فى الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الاخذ بغير رضى المشترى فان بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل فى الشفعة لانها تتبع فى البيع فاشبهت الغراس فى الارض ومعنى اخر ان الشفعة لاتثبت فى الثمار والزروع الا باشتراط تبعيتها للارض فى حال عدم ظهور الثمار لانها حينئذ تدخل فى البيع بدون نص عليها فتثبت الشفعة تبعا للارض التى تثبت فيها الشفعة اصالة .

اما عند ظهورها فلاتظهر تبعيتها للارض ولذا لاتدخل معه فى البيع الا بالنص عليها .

وعليه فلاتثبت فيها الشفعة ولو بيعت مع الارض كامتعة الدار كما لا تثبت فيها الشفعة اذا بيعت مفردة بدون الارض لعدم وجود التبعية حينئذ (١)

دليل الفريق الرابع:

استدل اصحاب هذا القول بما اخرجه الترمذى عن ابى حمزه السكرى عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن مليكه عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الشريك شفيع والشفعة فى كل شيء " (٢)

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٢ .

(٢) الشوكانى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٨٠ .

ابن القيم ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٨٧ .

الترمذى ، سنن الترمذى ، جـ ٢ ، ص ٤١٤ .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

ان قوله " في كل شيء " عام يتناول الثمار والزروع طالما سواء بيعت مع اصولها ومع الارض ام بيعت مفردة دون اصولها ودون الارض فالشفعة تثبت فيها بنص هذا الحديث دون اي قيد او شرط.[1]

ابن حزم ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٠ ، ص ٦ .

المبحث الثالث

* الشفعة في المنقول *

تعريف المنقول :

والمنقول : هو ماينقل من مكان الى اخر او هو مايمكن تحويله من مكان الى اخر بلاتغيير لصورته

قال في لسان العرب " نقل الشيء ينقله نقلا حوله من موضع الى موضع آخر ، ونقل الكلام عن قائله رواه عنه وحدث به وبلغه عنه .

فنقلنا صنعه حتى شتا   ناعم البال لجوجافي السنن

والنقل : تحويل الشيء من موضع الى موضع نقله بنقله نقلا فانتقل ـ والنقل التحويل وفي حديث ام زرع لا سمين فينتقل اى ينقل الناس الى بيوتهم فياكلونه ، والنواقل : قبائل تنتقل من قرية الى اخرى[1] .

وبالجملة المنقول هو كل مايمكن نقله من مكان الى اخر سواء اكان ذا روح كالحيوانات ام جماد كالسيف والجوهرة والحبوب وغيرها .

---

(١) ابن منظور ، المصدر المذكور آنفا ، ج ١١ ، ص ٦٧٤ .

تمهيـــــد :

لا يخلو امر المنقول من حالين اما ان يكون متصلا بالارض كالبنــاء والشجر مما يباع مع الارض فهذا يؤخذ بالشفعة تبعا لاصله وقد تكلمنا عنه واما ان يكون منفصلا عن الارض مما ينقل كالزرع والثمرة والحيوان والثياب وغيرها وهذا النوع ينقسم الى قسمين ايضا

قسم يسمى بتابع العقار وهو الزروع والثمار، لانه يتبع العقار وقد تكلمنا عنه وقسم مستقل بذاته عن العقار اى ليس من النوع الاول ولا من النوع الثانى كالحيوان والحجاره والسيف والكتاب والثياب وقد افردناه بهذا المبحث.

وهذا النوع اما ان يكون مكيلا او موزونا وهذا لا شفعة فيه باتفاق لعـــدم الضرر فى ذلك واما ان يكون غير مكيل ولا موزون كالثياب والحجارة والسيف والكتب وغير ذلك مما يشبهه وهذا النوع قد اختلف فيه الفقهاء على قولين :

القول الاول : ينفى ثبوت الشفعة فى ذلك وبه قال جمهور الفقهاء ابـو حنيفة والشافعى ومشهور مذهب المالكية والحنابلة .

جاء فى المبسوط من كتب الحنفية " ولا شفعة الا فى الارضين والدور لانها عرفت شرعا وقد نص الشارع فى العقار خاصة"(١)

ويقول النووى من علماء الشافعية " ولا تثبت فى منقول بل فى أرض ومافيها من بناء وشجر تبعا"(٢)

---

(١) السرخسى ، المصدر المذكور آنفا جـ ١٤ ، ص ٩٨ .

(٢) الشربينى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٠ ، ص ٢٩٦ .

وجاء في المدونه من كتب المالكية " قلت ارايت ماسوى الدور والارضين — والنخل والشجر افيه الشفعة في قول مالك قال : قال : مالك لا شفعة الا في الدور والارضين والنخل والشجر"(١)

القول الثاني :

يثبت الشفعة في كل شيء وبه قال الظاهرية وابن ابي ليلى وهو رواية عن الامام مالك ورواية عن الامام احمد .

جاء في المحلى لابن حزم مانصه " الشفعة واجبة في كل جزء بيع مشاعا غير مقسوم بين اثنين فصاعدا ، من اي شيء كان مما ينقسم ، وما لا ينقسم من ارض او شجرة واحدة ، فاكثر ، او عبد ، او ثوب ، او امة ، او من طعام ، او من حيوان ، او من اي شيء بيع"(٢)

جاء في مواهب الجليل " مانصه " وكذلك اختلف قول مالك ايضا في — الشفعة في الكتابه والدين . . . فقال مرة لهما الشفعة في ذلك"(٣)

وجاء افي المغني لابن قدامه مانصه " قال ابن ابي موسى : وقد روى عن ابي عبد الله رواية اخرى ان الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيف والحيوان ، ومافي معنى ذلك"(٤)

---

(١) الاصبحي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٤٠٢

(٢) ابن حزم ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٠ ، ص ٣٠ .

(٣) ابي الحطاب ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٣١٤ .

(٤) ابن قدامة ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٢ .

من هذا النص المتقدم يظهر لنا ان الامام احمد بن حنبل فى هذه الرواية يثبت الشفعة فى المنقول وبهذا يكون قد وافق الظاهرية ومن معهم

الادلة

استدل الجمهور بما يلى :

١ - بما رواه مسلم عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة او حائط لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء اخذ وان شاء ترك فاذا باع ولم يؤذنه فهو احق به"[1]

وجه الدلالة من هذا الحديث قصر الشفعة على ماذكر لان " ال " فى الحديث اما للعهد واما للجنس ولا معهود هنا فتكون للجنس فيتعين ان جنس الشفعة فيما ذكر من ارض او ربع او حائط ولا شفعة فيما عدا ذلك

٢ - ماروا ه البخارى عن جابر رضى الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"[2]

وجه الدلالة من هذا الحديث : ان قوله فى الحديث " الشفعة فيما لم

---

(١) النيسابورى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٥٧ .

(٢) البخارى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٣ ، ص ١١٤ .

يقسم . . . الخ " لا يتناول الا ماذكرناه وانما اراد الرسول صلى اللـــه عليه وسلم مالا يتقسم من الارض دون المنقول بدليل قوله عليه السلام فـــي اخر الحديث "فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة"
ووقوع الحدود وتصريف الطرق لا يتاتى في المنقول ، فهو يدل علـــى ان الشفعة لاتكون الا في العقار ،

٣ـ واحتجوا ايضا :

بما رواه البيهقي عن ابي هريرة رضي الله عنـــه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا شفعة الا في دار او عقار"[1]
وجه الدلالة ان هذا الحديث اشتمل على الحصر والحصر معناه اثبـــات الحكم للمذكور ونفيه عما عداه والمذكور هنا هو الدار والعقار .
وقال يحيى قال مالك عن محمد بن عمارة عن ابن ابي بكر بن حزم انـــ عثمان قال " لا شفعة في بئر ولا فحل "[2]
ورواه البيهقي ايضا بلفظ "لا شفعة في بئـــر ولا فحـــل"[3] .

---

(١) البيهقي ، احمد بن الحسين ابن علي ، السنن الكبرى للبيهقي ، الطبعة الاولى بمكان الطبع الهند ، مطبعة مجلس دائرة المعـارف العثمانية ١٣٥٢ ، جـ ٦ ، ص ١٠٩ .
(٢) الباجي ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢١٦ .
(٣) البيهقي ، المصدر نفسه .

٤ ـ ومن المعقول قالوا ان الاصل عدم انتزاع مال الانسان الا برضاه ولكن تركنا ذلك في الارض والعقار لثبوت النصوص فيه فيبقى ماوراءه على الاصل .

٥ ـ ومن المعقول ايضا الفرق بين العقار والمنقول ـ فان المنقول لا يبقى على الدوام الذى من شانه الضرر فلاتجب الشفعة فيه كصبرة الطعام لان ضرره لا يتابد وانما هو ضرر عارض ثم يزول والذى يبقى على الدوام ويدوم ضرره بدوام ثباته هى الارض والعقار والبناء وما فى معناه بخلاف المنقول فيجب الاقتصار عليه لان الاحكام الشرعية انما تتعلق بالغالب[1]

ادلة الفريـــق الثانـــى

استدل الظاهرية ومن معهم على ثبوت الشفعة فى المنقول بما ياتى :

١ ـ بعموم الاحاديث التى وردت فى الشفعة .

ا ـ مارواه البخارى عن جابر رضى الله عنه قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم " الشفعة فى كل مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة "[2]

وجه الدلالة من الحديث : ثبوت الشفعة فى كل مالم يقسم " وهذا عام فى

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٢ .

(٢) البخارى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٣ ، ص ١١٤ .

المنقول والعقار لان " ما " من صيغ العموم .

وقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة " نفي للشفعة بعد وقوع القسمة وهذا لا يتناول ماذكر فنحن نقول لا شفعة بعد القسمة لان الرسول عليه السلام انما اراد مالا ينقسم سواء من الارض او من المنقول لان " ما " من صيغ العموم .

٢ ـ مارواه مسلم عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من كان له شريك في ربعة أو نخل ، فليس له ان يبيع حتى يؤذن شريكه . فان رضي اخذ وان كره ترك " .(١)

ومارواه مسلم ايضا عن ابن وهب عن ابن جريج ان ابا الزبير اخبره انه سمع جابر بن عبد الله يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل شرك في ارض او ربع او حائط لا يصلح ان يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ او يدع . فان ابى فشريكه احق به حتى يؤذنه(٢) .

فقوله في الحديث " من كان له شريك " عام يتناول العقار والمنقول ـ

---

(١) النيسابوري ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٥٧ ، ح ٣ ، ص ١٢٢٨ المباركفوري ، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم ، تحفة الاحوذي شرح جامع الترمذي ، الطبعة الثانية ، دار الاتحاد العربي للطباعة ١٣٨٥ ، المدينة المنورة ، محمد الكتبي ، جـ ٤ ، ص ٦٣٥ .

(٢) النيسابوري ، المصدر نفسه .

وذكر فرد من افراد العام لا يخصص العام

٣ ـ ماروآه الترمذى عن ابى حمزه السكرى عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن مليكه عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الشريك شفيع والشفعة فى كل شىء "

قال الترمذى هذا حديث لانعرفه مثل هذا الا من حديث ابى حمزه السكرى وقد روى غير واحد هذا الحديث عن عبد العزيز ابن رفيع عن ابن ابى مليكه عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا وهذا اصح .

وقد روى الترمذى من طريق ابو بكر بن عياش عن عبد العزيز بن رفيع مثل هذا . ليس فيه " عن ابن عباس " وهذا اصح من حديث ابى حمزة وابو حمزة ثقة . يمكن ان يكون الخطأ من غير ابى حمزة .

وقال الترمذى ، وقد حدثنا ابو الاحوص عن عبد العزيز نحو حديث ابى بكر بن عياش (١)

ـــ المناقشـــــــة ـــ

ناقش الجمهور عن ادلة الموجبين للشفعة فى المنقول بما ياتى :

١ ـ ماروآه البخارى " الشفعة فى كل مالم يقسم " فلا دلالة فيه على ثبوت الشفعة فى المنقول لان العموم فيه مخصوص بالادلة التى تثبتها فى العقار خاصة .

---

(١) الترمذى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ٤١٤ .

٢ ـ وحديث ابن عباس مخصوص بالعقار ايضا لان ابن عباس رضي الله عنه روي عنه انه قال لا شفعة في الحيوان والراوي أدرى بما روى .

ب ـ وقالوا ايضا أن هذا الحديث قد أعل بالإرسال ، وقد تفرد ابوحمزه برفعه .

٣ ـ واما القول بأن الضرر في المنقول لا تمكن ازالته الا ببيعه بخلاف العقار فتمكن ازاله الضرر منه بالقسمة .

نقول ان الضرر ان وجد في المنقول خفيف اذا قيس بضرر العقار لان الضرر في العقار يتابد بخلاف المنقول .

وايضا فان الضرر في العقار مكين جدا فالشريك يحتاج الى احداث المرافق وتغيير الابنية وتضييق الواسع وتخريب العامر وغير ذلك فاين ضرر الشركة في الجوهرة والسيف من هذا الضرر(١)

المناقشة :

اجاب المثبتون للشفعة في المنقول عن ادلة النافين لها في المنقول بمايلي :

اولا ـ اجاب المثبتون للشفعة في المنقول عن رواية البخاري " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة" بان لا دلالة فيها على نفي الشفعة عن المنقول لان " ما" من صيغ العموم وعليه تثبت الشفعة في المنقول كما

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٣٢ .

تثبت في العقار (١)

ثانيا ـ واجابوا عن حديث مسلم " الشفعة في كل شريك ربعة او حائط " بانه عام في كل مشترك ، وذكر بعض افراد العام في قوله ربعة او حائط لا يقصر الحكم على ماذكر كما هو المعروف في علم الاصول .

وقد رد العلامه ابن حزم على هذين الحديثين اللذين استدل بهما النافون للشفعة في المنقول بقوله " وما نعلم لهم شيئا شغبوا به الا هذا " اى الحديثين المرويين عن البخارى ومسلم ـ آنفا ـ قال " وجوابنا وبالله تعالى التوفيق : انه لا حجة لهم في هذين اللفظين .

اما قوله عليه الصلاة والسلام : في كل شرك في ارض او ربع او حائط فليس فيه انه لا شفعة الا في هذا فقط ، وانما فيه ايجاب الشفعة في الارض والربع وليس فيه ذكر هل الشفعة فيما عداها ام لا ؟ فوجب طلب ماعدا هذه في غير هذا اللفظ ، وقد وجدنا خبر جابر هذا نفسه من طريق عطاء بان الشفعة في كل شيء ، وما يجهل ان عطاء فوق ابى الزبير الا جاهل ، ثم قال " وان قالوا : قد جاء خبر اخر بزيادة ؟ قلنا : وقد جاء خبر آخر لنا ايضا بزيادة كل ما لم يقسم " ولا فرق فكيف الحنفيون والمالكيون والشافعيون المخالفون لنا في هذا اصحاب قياس بزعمهم ، فهلا قاسوا على حكم الارض والحائط والبناء سائر الاملاك بعلة الضرر ودفعه كما قاسوا على الذهب والفضة والبر والشعير والملح والتمر ـ : سائر الانواع ؟

---

(١) ابن القيم ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ١٤٠ .

مالموجب للقياس هنالك وفى سائر ماقاسوا فيه ومنع منه ههنا ، لا سيمـــا المالكيون ، والشافعيون يجعلون الشفعة فى الصداق قياسا على البيع فهلا قاسوا البيع على البيع، فهو اولى من قياس الصداق على البيع؟ والمالكيون يرون الشفعة فى الثمرة دون الاصول فهلا قاسوا غير الثمـرة على العقار كما قاسوا الثمرة على العقار.

واما اللفظ الذى فى رواية البخارى عن جابر " فاذا واقعت الحـــدود وصرفت الطرق فلاشفعة" فلاحجة لهم فيه لانه ليس فى هذا اللفظ نص ولا دليل على ان ذلك لا يكون الا فى الارض والعقار والبناء

بل الحدود واقعة فى كل ماينقسم من حيوان ، ونبات، وعروض، والى كـل ذلك طريق ضرورة ، كما هو الى البناء والى الحائط ولا فرق ، وكان ذكره عليه السلام للحدود والطرق اعلاما بحكم مايمكن قسمته ، وبقى الحكم فيمـا لا يقسم على حسبه ، فكيف واول الحديث بيان كاف فى ان الشفعة واجبة فى كل مال يقسم، وفى كل مالم يقسم، وهذا عموم لجميع الاموال مـــا احتمل منها القسمة ومالم يحتملها .

ومن الباطل الممتنع ان يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد بهـذا الحكم" الارض فقط، ثم يجمل هذا الاجمال ، حاشا لله من هذا وهـــو مامور بالبيان لا بالابهام والتلبيس ــ قال ابومحمد فبطل ان يكون لهـــم متعلـــق"[1]

---

(١) ابن حزم، المصدر المذكــور انفـا ، ج١٠ ، ص١٠ .

اما الاستدلال بما رواه البيهقي[1] عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال عليه السلام " لا شفعة الا في دار او عقار " فقد قال البيهقي في هذه الرواية بعد سياقها الاسناد ضعيف[2]

وعلى فرض صحته فالظاهر ان وجه الاستدلال بهذا الحديث هو انه عليه الصلاة والسلام حصر ثبوت الشفعة " في الربع والحائط" فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن ، فيرد على ذلك الاستدلال ان يقتضي ذلك الحصر ان لا تثبت الشفعة في عقار غير ربع او حائط كضيعة خالية مثلا وليس كذلك قطعا وانتم زعمتم ان الشفعة تثبت في العقار وما في معناه اى مايلحق بالعقار ، فكيف يتم التمسك به والاستدلال به[3]

ولو سلمنا بثبوت هذا الحديث لكان دالا على ذلك بالمفهوم ودلالة المفهوم لا تقاوم منطوق قوله صلى الله عليه وسلم " الشفعة في كل شيء"

اما القول بان حديث ابن عباس قد اعل بالارسال وقد تفرد ابوحمزه برفعه . فالجواب عنه بان رواية هذا الحديث مرسلا من طريق لا تقدح في روايته مرفوعا من هذا الطريق ، وابوحمزه السكري لم ينفرد به فقد رواه الطحاوي في شرح الاثار[4] من طريق آخر فقال حدثنا محمد بن خزيمه

---

(١) اما اثر عثمان الذي رواه البيهقي فقد قلنا ان في سنده انقطاع راجع المبحث الاول من الباب الثالث

(٢) البيهقي ، المصدر المذكور انفا ، جـ ٦ ، ص ١٠٥ -

(٣) ابن حزم ، المصدر المذكور انفا ، جـ ١٠ ، ص ٩٠

(٤) المصدر نفسه

بن راشد قال حدثنا يوسف ابن عدى قال حدثنا ابن ادريس هو عبد الله عن الاودى عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل شيء" ولو سلم ارساله فقد اخرج له الطحاوى شاهدا من حديث جابر رضى الله عنه باسناد لا باس به وروايته قال الحافظ، والمرسل اذا كان له شاهد كان حجة يحتج به .

هذا وان سلمنا ان ابا حمزه السكرى تفرد فيه فانه لا يضر لان ابا حمزة ثقة احتج به صاحبا الصحيح وزيادة الثقة مقبولة

اما القول بان الاصل عدم انتزاع ملك الانسان منه الا برضاه فهو معلل بما فيه من الظلم والعدوان اما مالا ظلم فيه ولا عدوان بل يحقق مصلحة ويدفع مفسدة فهو جائز شرعا كبيع المفلس لاتقاء ديونه وتملك الشفيع الشقص من عقار او منقول من المشترى بما قام عليه .

فلشريكه دفع ضرر الشركة عنه فليس الاصل عدمه بل هو مقتضى اصول الشريعة فان اصول الشريعة توجب المعاوضة للحاجة والمصلحة الراجحة وان لم يرضى صاحب المال معاوضته لشريكه مع كونه قاصدا للبيع منه واضرار لشريكه فلا يمكنه الشارع منه، بل من يتامل مصادر الشريعة وموارد ها يتبين له ان الشارع لا يمكن هذا الشريك من نقل نصيبه الى غير شريكه وان يلحق به من الضرر مثل ماكان عليه او ازيد منه مع انه لا مصلحة له فى ذلك (١)

---

(١) ابن القيم ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ، ص ١٤٢ .

٥ ـ واما القول بتابد الضرر فى العقار وعدمه فى المنقول ، ففرق فلسد فان من المنقول مايكون تابد ضرره كتابد ضرر العقار وان لم يتابد ضرره مدة الدهر، فقد يطول ضرره كالعبد والجارية والسيف والكتاب ولو بقى ظروف ايدية فان الشارع مريدا لرفع الضرر بكل انواعه

— الترجيح —

ويظهر والله اعلم ان الراجح عموم الشفعة فى العقار والمنقول واليه ذهب الظاهرية وهو مروى عن الامام مالك ونص عليه الامام احمد فى رواية حنبل فانه قيل لاحمد فالحيوان دابة تكون بين رجلين او ماكان من نحو ذلك قال هذا كله اوكد " كما اختار شيخ الاسلام هذا القول والحق ان الاثار قد جاءت بهذا وهذا ولو قدر عدم صحتها بالشفعة فى المنقول فهى لم تنف ذلك بل نبهت عليه على ان الشارع الحكيم مريدا لرفع الضرر بكل طريق ولو قصرت مدته .

فالراجح ان الشفعة تثبت فى المنقول كما تثبت فى العقار لوجوه :

١ ـ للآثار الصحيحة

٢ ـ ولان السبب فى الشفعة فى العقار هو الشركة مع البيع وقد وجدا فى المنقول ولا مانع من ذلك فيوجد الحكم بوجود العلة لان الحكم يدور مع علته وجودا وعدما .

٣ ـ ولان الاحاديث التى استدل بها على نفى الشفعة عن المنقول منها حديث مسلم وفيه ثبوت الشفعة فى العقار وتخصيص بعض افراد العام بالذكر لا يقصر الحكم عليه .

ومنها حديث ابى هريرة وقد قال فيه ابن حجر انه ضعيف ، وقال البيهقى بعد سياقه له اسناده ضعيف .(1)

---

(١) البيهقى ، المصدر المذكور انفا ، جـ ٦ ص ١٠٩ .

ولو ثبت لكان دالا على المقصود بطريق المفهوم ، ودلالة المفهوم لا تقاوم منطوق حديث بن عباس الذى استدل به على ثبوت الشفعة فى المنقول ، وان كان مرسلا الا أنه مرسل صحابى ومرسل الصحابى حجة وايضا هذا الرأى يعضده القياس الجلى فلو لم يرد فى خصوص المنقول شىء لكانت الاحاديث الواردة فى ثبوت الشفعة فى العقار كافية فى ذلك لان الشارع اذا رفع الضرر الادنى الاعلى من باب أولى ، وما ذالك الا أن العقار وان كان ضرره يكثر من عدة جهات الا أنه يمكن التخلص منه بقسمته بخلاف ضرر المنقول فانه لا يمكن رفعه والتخلص منه بقسمته الا عن طريق بيعه وفى ذلك ضرر على الجميع كما أن ضرر العقار مختص بالارض الواسعة ، والى جانب هذا فانه ليس فى ثبوت الشفعة ضرر على الشريك بل انه سيصل اليه ماأراده من ثمن بيعه والمشترى يرجع اليه مادفع من قيمة وبذلك تكمل المصلحة للشريك وينتفى عنه الضرر دون ضرر بالغير ، فما ذلك الا من محاسن الشريعة الغراء وكمالها ومراعاتها لمصالح المجتمع

الباب الرابع

احكام الشفعة

ويتضمن المباحث التالية :-

* هل الشفعة تورث ام لا ؟
* هل الشفعة على الفور أم على التراخي ؟
* تنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع.

* المبحث الاول *

* هل يورث حق الشفعه أم لا *

اذا مات الشفيع بعد وجوب الشفعه له وقبل الاخذ بالشفعه فهل يورث عنه هذا الحق أم لا ؟ .

أختلف الفقهاء في ثبوت هذا الحق لورثة الشفيع على ثلاثة أقوال :-

القول الاول :

ذهب الى أن هذا الحق يسقط بالموت ولا ينتقل الى الورثه سواء طالب به الشفيع قبل موته أم لا ، وبه قال أبو حنيفه وأهل الرأى والثورى واسحاق بن راهويه وروى عن الحسن البصرى وابن سيرين والنخعى (١) قال الامام المحقق ابن عابدين في حاشيته مانصه .

" ويبطلها موت الشفيع قبل الاخذ بعد الطلب أو قبله ولا تورث خلافا للشافعى (٢) .

القول الثانى :

لا يبطل حق الشفعه بموت الشفيع بل ينتقل الى الورثه اذ لم يعف عنها قبل موته ، ويقوم الورثه مقامه سواء طلب الاخذ بالشفعه قبل موته أم لا .

وبه قال مالك والشافعى والعنبرى (٣) .

---

(١) الكاسانى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ص ٢٦ .
(٢) ابن عابدين ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ص ٢٤١ .
(٣) ابن رشد ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٢ ص ٢٧٩ .

يقول ابن رشد من علماء المالكية مانصه " ومما اختلف فيه العلماء ميراث حق الشفعه فذهب الكوفيون الى أنه لا يورث كما أنه لا يباع وذهب مالك والشافعى وأهل الحجاز الى أنها موروثه قياسا على الاموال" (١)

وجاء فى تكملة المجموع مانصه " وان مات الشفيع قبل العفو والاخذ انتقل حقه من الشفعه الى ورثته " (٢)

القول الثالث :

فيه تفصيل وبيان ذلك أن الشفيع اذا مات قبل الاخذ بها لم يخل من حالين :

الحال الاول : ينتقل حق الشفعه الى الورثه ويورث اذا كان الشفيع طالب بالاخذ قبل موته ثم مات .

الحال الثاني : اذا كان الشفيع مات قبل طلبها سقطت ولا تنتقل الى الورثه . وبهذا القول قال الحنابله والظاهريه :

جاء فى المغنى قال أحمد " الموت يبطل به ثلاثة اشياء : الشفعه والحد اذا مات المقذوف ، والخيار اذا مات الذى اشترط الخيار

---

(١) ابن رشد ، المصدر المذكور آنفا جـ ٢ ص ٢٨٦ .

(٢) المطيعى ، المصدر المذكور آنفا جـ ١٤ ص ١٧٦

لم يكن للورثه،هذه الثلاثةالاشياء انما هى بالطلب ،فاذا لم يطلب فلا تجب الا أن يشهد أني على حقي من كذا وكذا وأني قد طلبته فان مات بعده كان لوارثه الطلب به ".(١)

وجاء في المحلى لابن حزم مانصه " وأن مات الشفيع قبل أن يقول أنا آخذ شفعتي فقد بطل حقه ولا حق لورثته في الاخذ بالشفعه أصلا " . ثم قال في معرض المناقشه " فاما اذا بلغ الشريك أمر المبيع فقال : أنا آخذ بالشفعه ثم مات فقد صحت له ،وهي موروثه عنه حينئذ ولورثته الطلب لانها حينئذ مال قد تم له ".(٢)

مما تقدم من النصوص الفقهيه يتبين لنا أن كلا من الحنابله والظاهريه قد اتفقا في القول بان الورثه لهم حق المطالبه بالشفعه اذا كان مورثهم قد طلبها قبل موته وليس لهم الحق بالمطالبه إذا كان مورثهم قد مات قبل المطالبه والأخذ بالشفعه .

---

(١) ابن قدامة ،المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٧٩ .

(٢) ابن حزم ،المصدر المذكور آنفا ،جـ ١٠ ، ص ٢٧-٢٨ .

منشأ الخلاف

هل حق الشفعه حق متعلق بالمال أو حق متعلق بشخص الشفيع؟

ثمرة الخلاف:

فمن قال أنه حق متعلق بالمال قال يورث كما يورث الرهن وخيار الرد بالعيب ، ومن قال أنه حق متعلق بشخص الشفيع قال لا يورث كما لا يورث خيار الشرط وسائر الصفات المتعلقه بالانسان .

الأدلـه

استدل اصحاب القول الاول : بأن حق الشفعه ليس بمال بل هو مجرد اراده ومشيئه في أن يأخذ أو يترك وهذا صفه للشفيع لا تبقى بعد موته فلا تورث عنه .

ولان ملك الشفيع الذي هو سبب الاخذ قد بطل بموته ، ولان من شرط حق الاخذ بالشفعه استمرار الملك للشفيع من حين البيع الى أن يقضى له بالشفعه وقد انتقل ملكه الى الورثه قبل القضاء له بها وملك الوارث للمال متأخر وتجدد بعد البيع فلا شفعه له كما لو ازال الشفيع ملكه قبل الاخذ بالشفعه فلا شفعة له فكذا هنا (١)

---

(١) ابن عابدين ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٦ ، ص ٢٤١ .
السرخسي ، المصدر المذكور آنفا ، ج ١٤ ، ص ١١٥ - ١١٦

دليل القول الثاني :

استدل القائلون بأن حق الشفعه يورث اذا لم يعف عنها الشفيع قبل موته بما ياتي :

أولا : تعتبر الشفعه حق مالي فتورث كما تورث الاموال وكما يورث حق القصاص .

ثانيا : تعتبر حق الشفعه حق خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فتورث كما يورث خيار الرد بالعيب .(١)

دليل القول الثالث :

استدل اصحاب هذا القول بأن حق الشفعه لا يورث الا اذا كان الشفيع طالب بالاخذ بها قبل موته فيثبت للورثه والا فلا شفعة لهم لان حق الشفعه له فلا يثبت بدون طلبه ، لان الحق يتقرر بالطلب ولأن الاعراض عنها مسقط لها لاسيما على القول بأنها على الفور وهذا منصوص الامام أحمد بن حنبل .(٢)

الترجيح

ويظهر والله أعلم أن الراجح هو القول بميراث حق الشفعه ، لان حق الشفعه وان كان مجرد رأي ومشيئه للشفيع في أن يأخذ أو يترك كما يقول البعض الا أنه سبب لكسب المال ويؤول الى مال .

ولان الشفعه انما وجبت لدفع الضرر عن الشفيع والوارث قائم مقام

(١) المنتقى للباجي ، جـ ٦ ، ص ٢٢١ .
(٢) المغني لابن قدامة ، جـ ٥ ، ص ٤٧٩ .

المورث في أمواله فهو محتاج الى دفع هذا الضرر عنه واذا كان الجميع متفقين على ميراث خيار الرد بالعيب لان فيه نقصا في المبيع فأى عيب أكبر من كون الشريك الجديد أو الجار الجديد سيء الخلق فاحشا متظاهرا بالفساد ويضيع بسبب مشاركته وجواره قيمة هذا الملك هذا وأن كان في ترك الشفعه مصلحة للمشترى أو يقال ربما يتضرر المالك الجديد فهذا لا يذكر امام ضرر الورثه ، ودفع المفاسد مقدم على جلب المصالح في الشريعه الإسلاميه .

فاذا ثبت ان حق الشفعه ينتقل الى الورثه فانه ينتقل اليهم حسب موارثهم ، لانه حق مالى موروث فينتقل الى جميعهم كسائر الحقوق المالية . وسواء قلنا : الشفعة على قدر الأملاك ، أو على عدد الرؤوس لان هذا ينتقل اليهم من مورثهم فان ترك بعض الورثه حقه توفر الحق على سائر الورثه ولم يكن لهم أن يأخذوا الا الكل أو يتركوا الكل كالشفعاء اذا عفا بعضهم عن شفعته ، لأنه لو جوزنا أخذ بعض الشقص المبيع تبعضت الصفقه على المشترى وهذا ضرر في حقه .(١)

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٧٣ .

المبحث الثاني

* الشفعه على الفور أم على التراخي *

أختلف الفقهاء في طلب الشفعه على قولين :

الاول : أن طلبها على التراخي لاتسقط مالم يوجد من الشفيع مايدل على الرضا من عفو أو مطالبه بقسمة أو نحو ذلك وهذا القول هو روايه عن الامام أحمد بن حنبل[1] وقول للامام مالك غير أن الامام مالك يقول تنقطع بمضي سنه وعنه بمضي مدة يعلم منها انه تارك لها . وللشافعي في التراخي ثلاثة أقوال أحدها : انها تمتد الى ثلاثة ايام ، وحكي هذا ايضا عن ابن ابي ليلى والثوري وهو قول زيد بن علي جاء في روض النضير مانصه " وقال زيد بن علي : الشفيع على شفعته اذا علم مابينه وبين ثلاثة ايام فان ترك المطالبه ثلاثة أيام بطلت شفعته "[2]

القول الثاني : أنها تمتد الى مدة تسع التأمل في مثل ذلك الشقص ، وذلك يختلف باختلاف المبيع .

القول الثالث : أنها على التأبيد مالم يصرح باسقاطها

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٥ ، ص ٢٤١ .
(٢) السباعي ، المصدر المذكور آنفا ، ج ٣ ، ص ٦٣٦ .
(٣) المطيعي ، المصدر المذكور آنفا ، ج ١٤ ، ص ١٤٥

أو يعرض به كمه لمن شئت . جاء في تكلمة المجموع والحال الثالثه بعد علمه بالبيع وتمكنه من الاخذ أن يمسك على الطلب ففيه ثلاثة أقاويل . أحدها وهو قوله في الجديد والإملاء وبه تقع الفتيا أن الشفعة قد بطلت بمضي زمان المكنة وأن حق طلبها على الفور ، والثاني أن حق الشفعه موقت بثلاثة أيام بعد المكنه ، فان طلبها الى ثلاث كان على حقه ، وإن مضت الثلاث قبل طلبه بطلت قاله الشافعي في كتاب السير قال وهذا استحسان وليس بأصل .

القول الثالث : أن حق الشفعه ممتد على التراخي من غير تقدير يحده وبه قال في القديم(١)

والحجه في ذلك أن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه ، فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص وبيان عدم الضرر أن النفعه للمشترى باستقلال المبيع وأن أحدث فيه عماره كبناء وغراس فله قيمته .

القول الثاني :

أن طلب الشفعه بعد علم الشفيع بالبيع على الفور فان لم يسارع الى طلبها بعد العلم بالبيع بطل حقه وهذا قول ابن شبرمه والبتي والاوزاعي وابي حنيفه وأظهر اقوال الامام الشافعي ، ونص عليه

---

(١) المطيعي ، المصدر المذكور آنفا ، ج ١٤ ، ص ١٤٥ .

الامام أحمد في رواية أبي طالب فقال " الشفعه لمن واثبها بعلم " كما ذهب الى هذا القول العتره[١]

واحتج أصحاب هذا القول بالمنقول والمعقول :

أما المنقول فقوله صلى الله عليه وسلم (الشفعه لمن واثبها)[٢] أي لمن طلبها على وجه السرعه ، لان المواثبه من الوثب وهو العد و الشديد .

أقول أن هذا الحديث لا يقوم به الاحتجاج لان أسناده ضعيف حيث أن أبن ماجه أخرجه في سننه وقال أن في اسناده عبد الرحمن البيلماني[٣] .

وقال الشوكاني أن الحافظ قال ان اسناده ضعيف جدا ، وقال ايضا أن ابن حبان قال لا اصل له وقال قال ابو زرعه لا اصل له ، وقال البيهقي ليس بثابت[٤] .

وجاء في المحلى لابن حزم أن حديث الشفعه لمن واثبها جملة لا خير فيه وابن البيلماني ضعيف ومتفق على تركه

(١) المغني لابن قدامة ، جـ ٥ ، ص ٤٤١ .
الروض النضير للسياغي ، جـ ٣ ، ص ٦٢٦ .
(٢) نيل الأوطار للشوكاني ، جـ ٥ ، ص ٣٧٨ .
سبل السلام للصنعاني ، جـ ٣ ، ص ٩٩ .
(٣) سنن ابن ماجه ، جـ ٢ ، ص ٨٣٤ .
(٤) الشوكاني ، المصدر نفسه .
(٥) المحلى لابن حزم ، جـ ١٠ ، ص ١٩ .

[illegible]

بقوله عليه السلام " الشفعه كحل العقال "(١)

أى تفوت بترك المبادره كما يفوت الشرود عند حل العقال إذ لم يبادر اليه

وأما المعقول فإنه خيار ثبت لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب فضلا عن أنه حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القياس اذ ا لأخذ بالشفعه تملك مال معصوم بغير إذن مالكه لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم فلا يستقر الا بالطلب على المواثبه واثباته على التراخى يضر المشترى لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارتها فى الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه ، والأصل المقيس عليه ممنوع ، ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب .

وقال ابن حامد كما روى عن محمد بن الحسن والقاضى ابى يعلى أن الخيار يتقدر بالمجلس فمتى طالب فى مجلس العلم ثبتت الشفعه وأن طال ، لان المجلس كله فى حكم حالة العقد ، بدليل أن القبض فيه كالقبض حالة العقد .

(١) سبل السلام للصنعانى ، جـ ٣ ، ص ٩٩ .

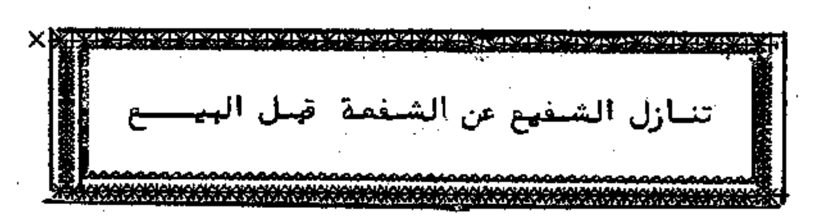
١

الترجيــــح

والرأى الذى ينقدح لدينا ويحظى بالقبول هو الرأى القائـــل بأن حق الشفعه على الفور ، لانه قول الاكثريه ، ولانه حق ثبت لدفع الضـرر والضرر يقدر بقدره . ولانه حق ثبت على خلاف القياس اذ الاخـــذ بالشفعه تملك مال بغير أذن مالكه لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم ولا يستقر الا بالطلب على المواثبه واثباته على التراخى يضر بالمشترى لكونـــه لا يستقر ملكه على المبيع ونمنعه من التصرف من الانشاء والتعمير .

وأما القول بأن الضرر يندفع عن المشترى بدفع قيمة ماعطلـــه مردود لان فى الغالب أن خسارته أكثر من القيمه التى تدفع مع تعـــب قلبه وبدنه والقول بتحديد ثلاثة أيام يبطله الرد بالعيب .

المبحث الثالث



تنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع

اذا تنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع ، فقال : أذنت في البيع ، أو اسقطت شفعتي أو ما أشبه ذلك لم تسقط وله المطالبة بها متى وجد البيع . ذهب الى هذا القول كل من المالكية والشافعية واصحاب الرأى وظاهر مذهب الحنابلة . ففى المذهب المالكى جاء فى التاج والإكليل لمختصر خليل مانصه " قال مالك اذا سلم الشفيع الشفعة بعد الشراء على مال أخذه جاز وان كان قبل الشراء بطل ورد المال وكان على شفعته"[1]

وفى المذهب الشافعى جاء فى التكملة للمجموع مانصه " واذا عرض الشقص قبل البيع على الشفيع فلم يشتر ثم بيع فله المطالبة بالشفعة ولا يسقط حقه منها بامتناعه عن الشراء لوجوبها بالبيع الحالى ، فلو عفا الشفيع عنها قبل الشراء كان عفوه باطلا وهو على حقه من الشفعة بعد الشراء "[2] .

وفى المذهب الحنفى جاء فى البدائع للكسانى ما نصه " ولا يصح تسليم الشفعة قبل البيع "[3] .

---

(١) العبدرى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٣١٨ .

(٢) المطيعى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ١٤ ، ص ١٦٢ .

(٣) الكسانى ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ، ص ٢٧١٥ .

وفى المذهب الحنبلى جاء فى المغنى لابن قدامه ما نصه
من قول الخرقى " وان أذن الشريك فى البيع ثم طالب
بالشفعة بعد وقوع البيع فله ذلك " (١) .

وروى عن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك
" أى قول الشفيع أسقطت شفعتى " وهذا قول الحكم
والثورى وابى عبيده وابى خيثمه وطائفة من أهل الحديث .
جاء فى المغنى لابن قدامه أن اسماعيل ابن سعيد قال
قلت لاحمد مامعنى قول النبى صلى الله عليه وسلم
" من كان بينه وبين أخيه ربعة فاراد بيعها ، فليعرضها
عليه . وقد جاء فى بعض الحديث " لا يحل له الا أن
يعرضها عليه " اذا كانت الشفعة ثابتة له ؟ فقال
ماهو ببعيد من ان يكون على ذلك ، والا تكون له الشفعة "
وقال ابن المنذر : وقد اختلف فيه عن أحمد وقال مرة
تبطل شفعته وقال مرة لا تبطل (٢) .

---

(١) ابن قدامه ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٨٢ .
(٢) المصدر نفسه .

الادلــــــــة

أ ـ استدل القائلون بان الشفعة تسقط بتنازل الشفيع قبل البيع : ـ

١ ـ بقول النبى صلى الله عليه وسلم " من كان له شرك فى أرض ربع أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يستاذن شريكه ، فان شاء أخذ وإن شاء ترك[1] "

قالوا : ومحال أن يقول النبى صلى الله عليه وسلم " وإن شاء ترك " .

فلا يكون لتركه معنى .

وايضا مفهومه قوله : فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به ، أنه اذا باعه باذنه فلا حق له .

٢ ـ ولان الشفعة ثبتت فى موضع الاتفاق على خلاف الاصل لكونه ياخذ ملك المشترى من غير رضائه ويجبره على المعاوضة به ، لدخوله مع البائع بالعقد الذى أساء فيه ، بادخاله الضرر على شريكه وتركه الاحسان اليه فى عرضه عليه .

---

(١) النيسابورى ، المصدر المذكور آنفا ، ج ١٢ ص ٥٧ ،
الدارمى ، سنن الدارمى ، ج ٢ ص ٢٧٤ .

وهذا المعنى معدوم ههنا فانه قد عرضه عليه واستناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه وان كان فيه ضرر فهو الذى أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أخر المطالبة بعد البيع [1] .

ب ـ واستدل القائلون بان الشفعة لا تبطل بتنازل الشفيع عنها قبل البيع بما يأتي : ـ

لان الشفعة لم تجب بعد وانما تجب للشفيع بعد البيع ،فتركه مالم يجب له بعد لا معنى له لأنه اسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح ، كما لو اسقطت المرأة صداقها قبل التزويج أو كما لو عفا الولى عن القصاص قبل وقوع القتل [2] .

وقالوا أما الخبر الذى استدل به أصحاب الرأى الاول يحتمل أن الرسول عليه السلام أراد العرض عليه ، ليبتاع ذلك أن أراد ، فتخف عليه المؤنة ويكتفي شر أخذ المشترى لا اسقاط حقه من شفعته ، على أن المفهوم لا يقاوم منطوق الاحاديث الواردة في شفعة الشريك والجار من غير تقييد .

---

(١) ابن قدامة ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٥ ، ص ٢٨٠ .

(٢) الكاساني ، المصدر المذكور آنفا ، جـ ٦ ص ٢٧١٥ .

هذا : لقد ذهب بعض الكاتبين من رجال القانون الى الرأى الثانى
حيث يقول : -

واما تعليق بقاء حق الشفعة على اعتبار أن التنازل عن حق لا يصح الا عند وجود هذا الحق بالفعل ، والواقع ، فهذا لا نقره ، وما الحكم حينئذ فى التنازل الصريح الذى يؤخذ على الشفيع قبل ظهور حق الشفعة ، كما يحصل عادة فى الشركات التى تشترى الاراضى وتقسمها قطعا وتبيعها كذلك بالتقسيط أو بغير التقسيط ، ثم تشترط على كل مشتر أنه لا يطالب بالشفعة فى الارض المجاورة له ، وانه يتنازل وقت شرائه عن المطالبة بالشفعة فى القطعة التى تباع فيما بعد وتكون مجاورة له . فهل مثل هذا الشرط صحيح أو باطل ؟ .

لا نرى محلا للقول ببطلان الشرط وعدم صحته ، بل نقول بصحته نعم ولو أن حق الشفعة لن يظهر وقت الاشتراط بعدم التمسك به ، ولم يكن التنازل عنه حاصلا وقت وجود الحق بالذات ، لانه لا يوجد قانونه الا بالبيع ، الا أننا لا نرى مايمنع التنازل عن حق سيظهر فيما بعد ، بينما أركان الحق ظاهرة بحيث لا تخفى على الشفيع ، اذ يرى العقار الذى سيكون مشفوعا ، ويرى شروط الشفعة لديه من جوار أو حق ارتفاق وغير ذلك ، وانما الذى ينقص فقط هو البيع ، أى العملية القانونية التى تنصب على

العقار المشفوع ، وهل في بيان أركان الشفعة هذه ووضعها لذى الشفيع ، مع عدم حصول البيع فقط تجهيل على الشفيع حتى يقال بان تنازله صادف حقا مجهولا لا يعرف له حد ولا قدر ؟ نظن لا . ونرى الذى بصحة الشراء ولوقيل العكس لتمطلت أعمال هذا النوع من الشركات الذى ذكرناها ، فلا يقبل الناس على شرا قطع الاراضى خوفا من شفعة الشفعاء ، وفى ذلك مايحول دون ترويج نقل الملكية فى العقارات من يد الى أخرى .
وقد نص القانون المدنى المصرى فى المادة ١٠١٩ منه على سقوط الحق فى الاخذ بالشفعة اذا نزل الشفيع عن حقه فى الاخذ بالشفعة صراحة أو ضمنا ولو قبل البيع وذلك حتى يستطيع المشترى أن يامن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء .
ولكن ما الرأى فيما لو عرض الشريك أو الجار على شريكه أو جاره أن يبتاع منه ماله حق فى أخذه بالشفعة لو بيع لغيره ، فامتنع لعجزة عن الشراء ، فما أن تم البيع لغيره حتى تغيرت حالته واصبح ميسورا يستطيع أن يشترى حصة شريكه أو جاره ؟ .
الحق أن راى الجمهور أرجح لما بينوه .

بسم الله الرحمن الرحيم

خاتمـــــه

الحمد لله الذى تتم به الصالحات والصلاة والسلام على خاتـــم الانبياء والمرسلين محمد المبعوث رحمة للعالمين .

وبعـــــــد

يطيب لى وأنا أختتم هذه الرسالة أن أوضح أهم النتائج الـــتى توصلت اليها . ففى المبحث الثالث من البـــاب الثانى تبين لنا مما سبق بيانه أن شفعة الجوار التى اشتد فيهـــا النزاع والخلاف بين الفقهـاء قد انقدح الرأن فيها معضدا بالدليـل من غير ميل ولا هوى بثبوت الشفعه للجار اذا كان شريكا فى الحقوق والمرافق الخاصه كالطريق وغيره . أما الجار الملاصق فلا شفعة لــه لما سبق بيانه فى محله .

وفى المبحث الخامس من هذا الباب اتضح لنا بأن الشقـــص المشفوع فيه يوزع بين الشفعاء على قدر أملاكهم فى حالـــة تعددهم وليس على عدد الرؤوس لما سبق بيانه فى محله ، وأن القول بأن الشقص المنتقل الى الغير بعقد لا معاوضه فيه كالهبة والوصيـــة لا تثبت فيه الشفعه هو الراجح والمعتدل فى نظرى لما سبق بيانـــه وأن الشقص المنتقل الى الغير بعقد معاوضه غير ماليه كالمهر فـــى النكاح

وبدل الصلح في دم القتل العمد تثبت فيه الشفعه هو القول الراجح والمعتدل عندى لما سبق بيانه في محله .

ويتبين لنا أيضا مما سبق بيانه في المبحث الاول من الباب الثالث أن القول بثبوت الشفعه في العقار الذى لا يمكن قسمته هو الراجح في نظرى لما سبق بيانه في محله .

وفي المبحث الثاني من هذا الباب تبين لنا أن القول بثبوت الشفعه في تابع العقار من البناء والشجر سواء بيعا مفردين عن الارض أم تابعين لها هو الراجح عندى لما سبق بيانه في مكانه .

وفي المبحث نفسه من هذا الباب تبين لنا أن القول بثبوت الشفعه في الزروع والثمار اذا بيع كل منهما مع الارض ومع الاصل هو الارجح لما سبق بيانه في محله .

وفي المبحث الثالث من هذا الباب يتبين لنا مما سبق بيانه أن القول بعموم الشفعه في العقار والمنقول سواء كان متصلا بالعقار أو منفصلا عنه كالحيوان وغيره هو الراجح والاقرب الى القبول لما سبق بيانه في محله .

وفي المبحث الاول من الباب الرابع يتبين لنا أن الوارث يقوم مقام المورث في الاخذ بحق الشفعه لما سبق بيانه في محله .

وتبين لنا مما سبق بيانه في المبحث الثاني من الباب الرابع أن الشفعه للشفيع على الفور بمجرد علمه بالبيع هو أعدل الاقوال

وأقربها الى القبول وهو قول الاكثريه لما سبق بيانه

وفى المبحث الثالث من الباب الرابع أن الشفيع أذا تنازل عن الشفعه قبل البيع لا يسقط حقه بتنازله وأن له الحق بالمطالبه بالشفعه لما سبق بيانه فى محله .

هذه تقريبا هى النتائج التى توصلت اليها من بحثى السابق معضدة بالدليل ، وقد بذلت فيها قصارى جهدى غير متبع ميل ولا هوى . فأن كانت صوابا فمن الله وأن كانت خطأ فمنى ومن الشيطان .

سائلا الله العلى القدير أن يأخذ بيدى الى مافيه خير هذا الدين .

كما أرجو من القارئ الكريم أن يعذرنى أذا حصل منى بعض التقصير .

والله أسأل أن يوفقنا لما فيه صلاح الدنيا والاخره أنه سميع مجيب .

سعود عبد الله الروقى

مكه المكرمة

١ / ٦ / ١٣٦٨ هـ

المراجع

هذه هي اهم المراجع والمصادر التي اعتمدت عليها في انجاز هذه الرسالة

---

١ - ابن منظور، جمال الدين احمد بن علي بن محمد، لسان العرب، القاهرة، طبعة بولاق .

٢ - ابن حجر، شهاب الدين احمد بن علي بن محمد، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، القاهرة، المطبعة البهية المصرية .

٣ - ابن حزم، علي بن احمد بن سعيد، المحلى، القاهرة ادارة الطباعة المنيرية .

٤ - ابن رشد، محمد بن احمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية ١٩٦٦م .

٥ - ابن عابدين، محمد امين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار المشهور بحاشية ابن عابدين - ، الطبعة الثانية بالقاهرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي .

٦ - ابن قدامه، عبد الله بن احمد بن محمد بالمغني، القاهرة مطبعة الامام .

٧ ـ ابن شهاب ، شمس الدين بن ابى العباس احمد بن حمزة ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج .

٨ ـ ابن القيم ، شمس الدين ابى عبد الله محمد بن ابى بكر اعلام الموقعين ، راجعه طه ، مصر ، شركة الطباعة المتحدة ، مكتبة الكليات الازهرية .

٩ ـ ابن القيم ، شمس الدين ابى عبد الله محمد بن ابى بكر ، عون المعبود شرح سنن ابو داود .

١٠ ـ ابن تيمية ، تقى الدين احمد ، مجموع فتاوى ابن تيمية ، الطبعة الاولى ١٣٨٣ هـ مطابع الرياض .

١١ ـ ابن رجب ، عبد الرحمن ، القواعد الفقهية فى الفقه الاسلامى ، الطبعة الاولى مصر ، مؤسسة نهج الفكر للطباعه مكتبة الكليات الازهرية .

١٢ ـ ابن ماجه ، محمد بن يزيد ، سنن ابن ماجه ، تحقيق ـ فؤاد عبد الباقى ، دار احياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبى .

١٣ ـ ابو داود ، سليمان بن الاشعث ابن اسحاق ، سنن ابى داود تعليق احمد سعد على ، الطبعة الاولى ١٣٧١ هـ ، مصر مطبعة مصطفى البابى الحلبى .

١٤ ـ الباجى ، سليمان بن خلف سعد بن ايوب بن وارث ، المنتقى شرح موطأ مالك بن انس ، القاهرة ، مطبعة السعادة ١٣٣٢ هـ

١٥ — البخارى محمد بن اسماعيل بن ابراهيم ابن المغيرة ، صحيح البخارى ، دار طابع الشعب .

١٦ — البهوتى ، منصور بن يونس ، كشاف القناع على متن الاقناع ، مطبعة انصار السنة المحمدية ١٣٨٠م .

١٧ — البيهقى باحمد ابن الحسين ابن على ، السنن الكبرى ، الطبعة الاولى بالهند ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية .

١٨ — البجيرمى ، سليمان بن عمر بن محمد ، حاشية البجيرمى على شرح منهج الطلاب ، تركيا بالمكتبة الاسلامية .

١٩ — باشا ، محمد قدرى ، مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان ، القاهرة بالمطبعة الاميرية ١٦٠٠ م

٢٠ — باشا ، محمد كامل مرسى ، الشفعة فى القانون الاهلى والمختلط وفى الشريعة الاسلامية ، الطبعة الثالثة ١٣٦٦هـ مطبعة ومكتبة مصطفى الحلبى واولاده .

٢١ — الترمذى ، محمد بن عيسى ، سنن الترمذى ، تحقيق فؤاد عبد الباقى ، الطبعة الثانية مصر ، مطبعة مصطفى

٢٢ — الجزرى ، مجد الدين ابى السعادات المبارك بن محمد ابن الاثير ، جامع الاصول فى احاديث الرسول تحقيق عبد القادر ، لبنان ، مطبعة الملاح ، مكتبة الحلوانى

٢٣ — الحطاب ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، طرابلس مكتبة النجاح .

٢٤ـ حيدر ، علي ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، تعريب
فهمي الحسيني بيروت ، نشر مكتبة النهضة .

٢٥ـ الخرشي ، عبدالله محمد ، الخرشي على مختصر خليل
القاهرة ، الطبعة الثانية طبعة بولاق .

٢٦ـ الخزرجي ، صفي الدين احمد بن عبدالله ، خلاصة تهذيب
الكمال في اسماء الرجال ، الطبعة الثانية
بيروت مكتبة المطبوعات الاسلامية .

٢٧ـ الدسوقي ، شمس الدين محمد عرفه ، حاشية الدسوقي
على الشرح الكبير ، بيروت ، دار الفكر .

٢٨ـ الدردير ، سيدي احمد ، الشرح الصغير على المختصر
المسمى اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ،
تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ، الطبعة الثالثة .

٢٩ـ الرشداني ، برهان الدين ابي الحسن علي بن ابي بكر بن
عبد الجليل ، الهداية شرح بداية المبتدي
الطبعة الاخيرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي .

٣٠ـ الرافعي ، عبدالكريم محمد ، فتح العزيز شرح الوجيز ، طبعة التضامن .

٣١ـ الزبيدي ، محب الدين ابي الفضل محمد مرتضى ، تاج العروس
من جواهر القاموس .

٣٢ـ الزيلعي ، جمال الدين ابي محمد عبدالله بن يوسف ،
نصب الراية لاحاديث الهداية ، الطبعة الاولى ،
مصر مطبعة المأمون .

٣٣ـ الزركلي ، خير الدين ، الاعلام قاموس تراجم لاشهر الرجال والنساء
الطبعة الثالثة .

٣٤ـ الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الطبعة الاولى ، مصر ، طبعة بولاق .

٣٥ـ الزرقاء ، مصطفى ، الاسلامي في ثوبه الجديد .

٣٦ـ السرخسي ، شمس الدين ، المبسوط ، القاهرة ، مطبعة السعادة ١٣٢٤هـ .

٣٧ـ السياغي ، شرف الدين الحسين بن احمد ، الروض النضير شرح مجموع الفقه الاكبر ، الطبعة الثانية ١٣٨٨هـ الطائف ، مكتبة المؤيد .

٣٨ـ السنهوري ، عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون ، بيروت ، دار احياء التراث العربي ١٩٧٣م .

٣٩ـ السنهوري ، عبد الرزاق ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، الطبعة الثانية ، دار الهناء للطباعه والنشر .

٤٠ـ السيوطي ، جلال الدين ، الاشباه والنظائر ، القاهرة ، دار احياء الكتب العربية

٤١ـ الشافعي ، محمد بن ادريس ، الام ، القاهرة ، مكتبة الكليات الازهرية .

٤٢ـ الشربيني ، محمد ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، القاهرة ، مطبعة مصطفى الحلبي .

٤٢ـ الشلبي ، شهاب الدين احمد حاشية الشلبي على شرح كنز الدقائق ، الطبعة الاولى ، مصر ، المطبعة الكبرى الاميرية

٤٣ـ الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد ، نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخبار ، الطبعة الاخيرة ، القاهرة مطبعة مصطفى الحلبي .

٤٤ـ الصنعاني ، محمد بن اسماعيل ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع ادلة الاحكام ، القاهرة ، مكتبة الجمهورية العربية

٤٥ـ الاصبحي ، مالك بن انس ، المدونة الكبرى ، رواية سحنون ، الطبعة الاولى مصر ، مطبعة السعادة ١٣٢٢هـ .

٤٦ـ العاملي ، محمد بن الحسن ، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة الطبعة الرابعة ، بيروت دار احياء التراث العربي .

٤٧ـ العسقلاني ، احمد بن علي بن حجر ، تقريب التهذيب تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف ، المدينة المنورة ، المكتبة العلمية .

٤٨ـ العسقلاني ، شهاب الدين ابي الفضل احمد بن علي بن حجر ، تهذيب التهذيب الطبعة الاولى الهند مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية .

٤٩ـ العبدري ، محمد يوسف ، التاج والاكليل لمختصر خليل ، ليبيا ، مكتبة النجاح .

٥٠ـ غنيه ، محمد جواد فقه الامام جعفر الصادق ، الطبعة الاولى بيروت ١٩٦٥م .

٥١ـ الفتوحي ، تقي الدين محمد بن احمد منتهى الارادات في جمع المقنع وزيادات ، القاهرة مكتبة دار العروبة .

٥٢ـ الفيومي ، احمد بن محمد بن علي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، مصر ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي .

٥٣ـ قاضي زاده ، شمس الدين احمد ، نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار

مصر ، المكتبة التجارية الكبرى .

٥٤ـ الكاساني ، علاء الدين ابي بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع ، القاهرة ، مطبعة الجما

٥٥ـ المقدسي ، موفق الدين عبد الله ، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل

دمشق ، منشورات المكتب الاسلامي .

٥٦ـ المقدسي ، موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامه ، المقنع في فقه

امام السنة احمد بن حنبل ، الطبعة الثالثة ، المطبعة السلفية

٥٧ـ المرتضى ، احمد بن يحيى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء

الامصار ، الطبعة الثانية ، بيروت ١٣٩٤ .

٥٨ـ المرداوي ، علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان ، الانصاف

في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد

بن حنبل ، تحقيق حامد فقي ، الطبعة الاولى ١٣٧٤ .

٥٩ـ المطيعي ، محمد بخيت ، التكملة للمجموع شرح المهذب ، مصر ،

مطبعة الامام الناشر زكريا علي يوسف .

٦٠ـ المباركفوري ، محمد عبد الرحمن عبد الرحيم ، تحفة الاحوذي شرح جامع

الترمذي ، الطبعة الثانية ١٣٨٥ ، دار الاتحاد العربي

للطباعة .

٦١ـنظام ،الفتاوى الهندية ،الطبعة الثانية ، المطبعة الاميرية الكبرى ، ١٣١٠هـ.

٦٢ـالهيثمي نور الدين على بن ابى بكر ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ،بيروت ، دار الكتاب .

٦٣ـالهذلى ، جعفر بن الحسن بن ابى زكريا يحيى بن سعيد شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام .

٦٤ـالهيتمى ، شهاب الدين احمد بن حجر ، حواشى الشروانى وبن القاسم العبادى على تحفة المحتاج ،